This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 136 275

Digitized by Google

HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

CARRARA

PROGRAMMA

PARTE GENERALE

Digitized by Google

Digitized by Google

PROGRAMMA

DEL

CORSO DI DIRITTO CRIMINALE

DETTATO NELLA R. UNIVERSITÀ DI PISA

DAL PROFESSORE

FRANCESCO CARRARA

SOCIO CORRISPONDENTE DELL' ACCADEMIA DI LEGISLAZIONE DI TOLOSA
E DELL' ACCADEMIA URBINATE, MEMBRO DELLA COMMISSIONE
INCARICATA DEL PROGETTO DI CODICE PENALE ITALIANO

PARTE GENERALE

TERZA EDIZIONE CON AGGIUNTE

LUCCA
TIPOGRAFIA GIUSTI
1867

Digitized by Google

L' Autore pone quest' opera sotto la salvaguardia delle veglianti leggi sulla proprietà letteraria.

Digitized by Google

AI MIEI SCOLARI

Nel formare questo libro (disposto secondo l' ordine eminentemente logico che segnò CARMIGNANI nostro grande maestro) io non cercai la gloria mia, ma l' utile vostro; intesi a raccogliere, non a creare; non a dir cose nuove, ma vere: non fui vago dei modi brillanti, ma della chiarezza. Se il mio lavoro può facilitarvi lo studio delle criminali discipline, io ho ottenuto il mio scopo. Dio vi dia salute, e amore alla scienza.

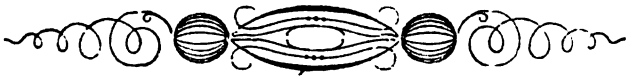
Pisa 10 Decembre 1859.

PROF. F. CARRARA

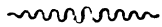
668712

Digitized by Google

Digitized by Google



PROLEGOMENI



Prevalse un tempo il pensiero che gli uomini avessero, pel corso di un periodo indeterminato, condotto vita disgregata e selvaggia. Da questo stato estrasociale fu creduto avessero ad una data epoca fatto passaggio a quella vita di mutua consociazione, nella quale oggidì tutta la razza umana prospera e cresce. Siffatto tramutamento intesero alcuni spiegare con la favola di una divinità scesa sulla terra ad ordinare gli uomini a vita di unione: altri con la supposizione di una violenza sui deboli; quasichè uomini più forti degli altri avessero sottomesso i proprii simili alla foggia stessa con che si mansuefanno le fiere: altri con la ideale ipotesi di una convenzione per volontà comune stipulata fra gli uomini.

Tutti cotesti diversi sistemi ebbero un punto di partenza comune. La supposizione che la razza adamitica avesse menato sulla terra due stati diversi di vita.

Digitized by Google

L' uno (che si disse primitivo, di natura, e di libertà) nell' isolamento e senza costanza di rapporti fra gli individui; stato di disgregazione e ferino: l' altro in associazione reciproca, che mercè una forma qualsiasi sottoponeva gli uomini ad una autorità e ad una legge umana: stato di società civile. Da tale concetto nacque la formula, che l' uomo aveva rinunziato ad una parte dei diritti di cui lo forniva la sua naturale libertà che supponevasi illimitata, per meglio conservare e tutelare gli altri diritti.

Tuttociò è un errore. È falso che gli uomini della razza adamitica siano vissuti per un periodo di tempo sciolti da ogni vincolo di associazione. È falsa la transizione da uno stato primitivo di assoluto isolamento, ad uno stato modificato e fattizio. Deve bene ammettersi un periodo primitivo di associazione patriarcale, o come dicesi *naturale*, a cui venne mano a mano ad aggiungersi la costituzione di leggi permanenti, e di una autorita che ne vegliasse la osservanza; e così l' ordine di quella società che si disse *civile*. Ma un periodo qualunque di disgregazione e di vita ferina è inammissibile come pazza visione. Lo stato di associazione è l' unico stato primitivo dell' uomo: nel quale la legge della propria natura lo collocò dal primo istante della sua creazione.

Ove le tradizioni di tutti i popoli non contradicessero a quella supposizione, le speciali condizioni della razza umana basterebbero a mostrarla assolutamente impossibile.

Tale la mostrano le condizioni *fisiche* della umanità: le quali non le avriano consentito di mantenersi, senza

Digitized by Google

che la mutua assistenza dell' uomo verso l' altro uomo fosse continua e pronta ai bisogni dell' individuo. E la natura rivelò per chiari segni tale destinazione dell' uomo ad una foggia di associazione costante, non precaria e fugace come quella dei bruti: la rivelò sì colle necessità, cui nell' età prima e nelle infermità lo volle soggetto; sì col negargli quei mezzi di salvezza o di difesa avverso le belve, che agli animali bruti aveva fornito, e che l' uomo dovea trovare nella reciproca unione; sì col rendere nella donna continua l' attitudine all' accoppiamento corporeo, che le femmine di tutti gli animali ebbero soltanto ad intervalli, e passeggiera; sì finalmente col bisogno della inumazione dei cadaveri, senza la quale gli uomini si spegnerebbero per contagio.

La mostrano tale le condizioni *intellettuali* degli uomini: per le quali fu loro aperta una via di indefinita progressività nelle cognizioni utili; via che non avrebbero potuto percorrere senza porre a profitto la loquela; e senza l' aiuto delle tradizioni dei loro maggiori.

Tale la mostra la condizione di essere *morale* tutta esclusiva dell' uomo: lo mostra il *fine* per cui Dio lo ha creato. Iddio non può aver creato un' opera incompleta; ed esser tornato poscia, quasi edotto dalla sperienza, a perfezionarla.

La legge eterna dell' ordine spinge l' uomo alla società. E il creatore che a questa legge lo conformò, ve lo guida come guida ai suoi fini tutto il creato, mercè le tendenze. Attrazione: forza unica, immensa; con cui si esercita la potenza divina su tutto il creato. La tendenza fisica operò la prima congiunzione dei corpi:

Digitized by Google

la tendenza morale protrasse e perpetuò la unione reciproca trai genitori; tra questi e i figli; e in tutte le generazioni che ne seguirono, come in quante mai ne verranno. Così la società era nei destini dell' uomo, non solo come mezzo indispensabile alla sua fisica conservazione ed al suo intellettuale progresso, ma era di più un complemento della legge morale a cui l' uomo stesso si voleva soggetto.

Iddio compose tutto il creato ad una perpetua armonia. E quando alla sesta epoca ebbe fatto l' uomo a similitudine sua (cioè dotato di un' anima spirituale, ricca d' intelligenza e di libera volontà) questa più bell' opera della divina sapienza gettò sulla terra il seme di una serie di esseri dirigibili e responsabili delle proprie azioni. Questi esseri non potevano, come i meri corpi, soggiacere alle sole leggi *fisiche;* una legge *morale* nacque con loro: legge di natura. La quale chi nega, rinnega Dio.

Così al mondo fisico, di cui pure fa parte l' uomo, si aggiunse col primo comparire di questo un mondo morale: tutto proprio di lui; e composto dai suoi rapporti morali con sè stesso, col creatore, e con le creature consimili.

Le leggi *fisiche* avevano in loro stesse una forza di *coazione,* ed una *sanzione*, che ne rendeva *indefettibile* la osservanza. All' armonìa del mondo fisico queste forze bastavano.

Le leggi *morali* al contrario non avevano in loro stesse forza di *coazione,* tranne nel *senso morale:* non avevano *sanzione* sulla terra, che nella *sinderesi.*

Digitized by Google

Ma gli affetti, d'altronde indispensabili all'uomo come elemento di azione, pervertono spesso il senso morale, e soffocano la voce della sinderesi.

La legge di natura sarebbe stata dunque impotente a mantenere l'ordine del mondo morale, perchè più debole della legge eterna che regola il mondo fisico. Questa obbedita sempre: quella troppo spesso conculcata e negletta.

Siffatto abbandono della legge morale all'umano arbitrio sotto la unica sanzione di un bene e di un male soprassensibile, se poteva non recar disturbo all'armonia universale finchè la legge morale colpiva l'uomo nei suoi rapporti con Dio e con sè medesimo, non era tollerabile in quanto appellava ai rapporti dell'uomo con le altre umane creature. Malgrado la legge morale gli uomini sarebbero stati alla balìa di quello tra loro che, al bene *soprassensibile* preferendo il bene *sensibile*, avesse saputo, per via di forza od astuzia, violarne i diritti. Sotto questo rapporto il disordine nel mondo morale avrebbe portato disordine anche nel mondo fisico.

A completare l'attuazione della legge dell'ordine nella vita terrena, occorreva dunque un fatto ulteriore: per cui la legge morale si afforzasse quaggiuso di una coazione e di una sanzione *sensibile*; onde il precetto morale, che imponeva all'uomo di rispettare i diritti della creatura, non fosse parola inetta; e il mondo morale in preda a continuo disordine non facesse brutto contrasto all'ordine che domina il mondo fisico.

Questa forza coattiva e repressiva che la legge morale in sè non aveva, non poteva trovarsi altrove che

Digitized by Google

nel braccio stesso dell' uomo. Iddio avrebbe potuto crear l' uomo impeccabile togliendogli la potenza di trasgredire ai precetti suoi, come tolse ai corpi la potenza di resistere alla forza di gravità: non vi sariano stati allora nè *doveri* nè *diritti*. Tutto era *necessità*. Ma ciò era destruttivo del libero arbitrio; e rendeva l' uomo incapace di meritare o demeritare. Posto dunque il libero arbitrio, o bisognava inviare sulla terra una schiera permanente di spiriti superiori come guardiani e vendicatori della legge morale: o si veniva a questo inevitabile dilemma — lasciare il precetto morale senza osservanza; o commetterne la tutela al braccio dell' uomo.

Così per la legge eterna dell' ordine, l' uomo fu destinato ad essere nel tempo stesso suddito del precetto morale, e suo conservatore.

Ma siffatta missione non poteva eseguirsi dall' uomo disgregato: e neppure dagli uomini congiunti in una mera associazione fraterna costituita sul principio dell' assoluta eguaglianza. Anche in questa la disparità dei voleri e la parità del potere, rendeva impossibile il divieto, la sanzione, e il giudizio dei fatti umani: e il divieto, la sanzione, e il giudizio erano d' altronde il complemento indispensabile alla legge morale in quella sua parte che regola i doveri dell'uomo verso la umanità. Cotesto complemento non poteva formarlo che la società *civile*.

La consociazione del genere umano è una necessità della sua natura; indispensabile alla sua conservazione e alla perfettibilità indefinita a cui è destinato. Ma se i bisogni *fisici* per cui richiedesi il reciproco ajuto, e i

Digitized by Google

bisogni *intellettuali* per cui richiedesi la reciproca istruzione della umanità; si appagavano bastantemente di una semplice associazione fraterna; cotesti bisogni non valgono dunque a render ragione della *società civile;* ed erra chi confonde la genesi di questa con la genesi di una naturale consociazione. Fu illusione gravissima di Rousseau e dei suoi seguaci quella di supporre nel primo periodo della umanità una vita ferina: ma fu del pari illusione dei suoi confutatori quella di supporre la *società civile* nata con l' uomo. Ove le verità rivelate non confutassero anche questo secondo concetto, la sola ragione mostra la impossibilità di principi e di magistrati nella culla di una umanità composta di poche famiglie. Lo stato di associazione fu coevo al nascere dell' uman genere: lo stato di società civile fu un primo progresso della umanità crescente; al quale essa era condotta per una legge di ordine primitivo, in forza di altri bisogni distinti da quelli che l' avevano spinta all' immediato consorzio.

Eravi infatti altro bisogno non meno importante ai destini della umanità: quello cioè della osservanza e rispetto di quei diritti che la legge di natura avea data all' uomo innanzi ad ogni legge politica, perchè gli fossero mezzo a compiere i proprj doveri ed a raggiungere la sua destinazione quaggiù. Per l' impulso delle passioni individuali cotesti diritti sarebbero stati inevitabilmente e senza riparo conculcati e distrutti, così nello stato di isolamento come nello stato di società naturale. Ed ecco la sola, la vera ragione di essere della società civile. Ragione eterna e assoluta: perchè assoluta e primitiva la legge che volle la osser-

Digitized by Google

vanza effettiva degli umani diritti. Se la *società civile* era la sola forma che potesse attuare la osservanza dell' ordine giuridico, e se la legge di natura volle dell' ordine giuridico la osservanza; la legge stessa deve aver voluto ed imposto che la umanità si componesse a quella forma di associazione che sola potea rispondere a cotesti fini. La ragione di essere della società civile è dunque primitiva e assoluta; ma risiede soltanto nella *tutela giuridica.*

Ora se lo stato di società civile era necessario alla razza umana pel fine della osservanza del precetto morale, la società che doveva esprimere la forma speciale dell' ordine segnato all' uomo dalla mente suprema fino dal primo istante della sua creazione, non poteva essere che una società la cui direzione si unificasse in un centro comune di *autorità.* E questa autorità non potè non essere fornita del potere di *proibire* certe azioni, e di *reprimere* chi osasse, malgrado il divieto, commetterle. La società civile, l' autorità che a questa presiede, il diritto di proibire e di reprimere a lei compartito, non sono che una catena di strumenti della legge dell' ordine. Dunque il giure penale ha la sua genesi e il suo fondamento di ragione nella legge eterna della universale armonia.

Il precetto, il divieto, e la retribuzione del bene e del male, finchè stanno in mano di Dio hanno per unico fondamento e per unica misura la giustizia. Assoluta nell' assoluto; infallibile nell' infallibile; essa in questo stato colpisce l' uomo tanto nei suoi rapporti ti con Dio e con sè stesso, quanto nei suoi rappor- con le altre creature. Qui la giustizia procede sempre

Digitized by Google

come principio *unico*. Dio non punisce il ladro e l'omicida per difendere l'uomo: ma perchè l'omicidio ed il furto sono un male: e vuole giustizia che chi fa male soffra un male.

Ma il precetto, il divieto, e la retribuzione, in quanto appellano ai rapporti dell'uomo con la umanità, si staccano da Dio; e una parte del loro esercizio se ne devolve sulla terra all'autorità sociale, perchè la violazione di tali rapporti recando un nocumento presentaneo all'innocente, è necessità che l'innocente sia protetto da coteste violazioni con una forza presente e sensibile.

Così la difesa della umanità non è la primitiva ragione di proibire e di punire: è la ragione per cui il gius di proibire e punire sulla terra si esercita dall'uomo sopra l'uomo suo simile. E questa non è una *necessità politica;* ma *necessità della legge di natura.*

Finchè pertanto il gius di punire si considera in astratto, il suo fondamento è la sola *giustizia.* Ma quando si considera come atto dell'uomo, il suo fondamento è la *difesa* della umanità.

Erra chi trova la origine del gius di punire nel solo bisogno della *difesa*, disconoscendone la prima genesi nella *giustizia.*

Erra chi trova il fondamento del gius di punire nel solo principio della *giustizia*, senza restringerlo nei limiti del bisogno della *difesa.*

Il gius di punire nella mano di Dio non ha altra norma che la *giustizia.* Il gius di punire nelle mani dell'uomo non ha altra legittimità che il bisogno della *difesa;* perchè all'uomo è devoluto soltanto in quanto occorre alla *conservazione* dei diritti della umanità.

Digitized by Google

Ma quantunque la difesa sia la unica ragione della delega, il diritto delegato sempre soggiace alle norme della giustizia; perchè non può perdere la indole primitiva della sua essenza col passar che' egli fa nella mano dell'uomo.

Dando alla punizione umana il solo fondamento della *giustizia*, si autorizza un sindacato morale anche là dove non è nocumento sensibile; e l'autorità sociale usurpa il magistero della divinità, rendendosi tiranna dei pensieri col pretesto di perseguitare il vizio e il peccato.

Dando alla punizione umana il solo fondamento della *difesa*, si autorizza la restrizione di atti non malvagii, sotto il colore di pubblica utilità; e si accorda all'autorità sociale la tirannia dell'arbitrario.

Se l'autorità sociale per un ossequio alla giustizia punisce quando il bisogno della *difesa* non lo richiede, pecca contro la giustizia *nella forma;* perchè quantunque la punizione sia meritata, ingiustamente e abusivamente si infligge da lei. Il diritto a punire primitivo esiste: ma non è a lei delegato.

Se l'autorità sociale per un pensiero di pubblico vantaggio punisce quando il castigo non è meritato, pecca contro la giustizia *nella sostanza;* perchè dove non è malefatto il diritto primitivo a punire non esistendo, ei non può essere in lei derivato.

Questi due principii risalgono alla *legge eterna dell' ordine*, dalla quale deriva la *società*, l' *autorità*, e il diritto in questa di *proibire e di punire*. La legge dell' ordine *esterno*, cioè il bisogno della difesa, investe l' autorità umana di un potere sull' uomo: ma

Digitized by Google

la legge dell' ordine *interno*, cioè la giustizia, ne domina indefettibile l' esercizio come misura moderatrice. L' *interno* confine del giure penale riducesi alla più semplice ed alla più esatta espressione con questa formula. Il giure penale *deve* accorrere ovunque è necessario per tutelare il diritto: il giure penale *non può* accorrere dove il diritto non è violato o posto ad imminente pericolo. Esso è *difettoso* se manca al primo canone: è *esorbitante* ed ingiusto se eccede il secondo, sebbene contro atto immorale o intrinsecamente malvagio.

Dunque non è vero che il giure penale sia restrittivo della umana libertà. Non è limitazione di libertà lo impedimento che si frappone tra l' assassino e la vittima: perchè la libertà umana altro non è che la facoltà di esercitare l' attività propria senza lesione dei diritti altrui. La libertà dell' uno deve coesistere con la libertà uguale di tutti. La restrizione nasce dalla legge di natura, che diede alla umanità dei diritti, e impose agli uomini di rispettarli. La legge umana non minora la libertà col contenerla entro i limiti di sua natura.

Il giure penale è invece protettore della libertà umana così esterna, come interna. Dell' interna, perchè dà all' uomo una forza di più per vincere il suo peggiore tiranno, le proprie passioni: e l' uomo, come bene dicea D' Aguesseau, non è mai tanto libero quanto allorchè subordina le passioni alla ragione, e la ragione alla giustizia. Della esterna, perchè protegge il debole contro il forte nel godimento dei propri diritti entro i limiti del giusto; nel che consiste la vera libertà.

Digitized by Google

Questa verità procede tanto in ordine alla proibizione e repressione dei fatti che ledono l' individuo: quanto in ordine ai fatti che offendono il corpo sociale e l' autorità. Tostochè si riconosce che la società e l'autorità non sono creazione della politica umana, ma hanno la loro genesi nella legge di natura; da questa stessa legge è necessario desumere il diritto nell' autorità alla propria conservazione: cioè il diritto in lei ad essere rispettata, e il dovere nei cittadini a rispettarla finchè muove nel cerchio della propria legittimità.

A pensare altrimenti furono condotti i pubblicisti, o perchè sbagliarono nel concepire la origine della società; o perchè confusero il magistero *penale* col magistero di *buon governo*. Ma fra l' uno e l' altro intercede un abisso.

Il magistero di polizia non procede che da un principio di *utilità;* la sua legittimità è tutta in questo; non attende un fatto malvagio per agire; non sempre coordina i suoi atti alla rigorosa giustizia: e così avviene che ad esso consentendosi di agire per via di modica coercizione, egli realmente possa divenire modificativo della umana libertà: lo che si tollera per la veduta di maggior bene.

Ma il magistero di polizia non ha nulla di comune col magistero penale, quantunque entrambo si esercitino dall' autorità preposta al reggimento dei popoli. Questo incomincia il suo officio quando quello ha inutilmente esaurito il suo: ne è diverso l' oggetto; diverse le norme e i confini. Che se ambedue sembrano unificarsi perchè unica è l' autorità sociale che esercita l' uno e l' altro, non si unificano però in loro

Digitized by Google

stessi, nè in faccia alla scienza. Nella guisa stessa che due arti non possono considerarsi come formanti un solo corpo di regole perchè si esercitino per avventura da un solo uomo, così non può dirsi che se il governo stesso e previene e punisce, la prevenzione e la punizione si unifichino nella causa, nei limiti, nei modi, negli effetti, e nel fine.

Fu un errore il credere che il magistero di polizia attenesse alla scienza nostra. Esso non è una parte del giure penale, ma spetta piuttosto al diritto economico, quando questo si ravvisi non come un mero fattore di ricchezza, ma come un fattore di civiltà.

Compenetrando il magistero di polizia nel giure penale si generò confusione nelle idee, e si aprì la strada all' arbitrio per cagione del mutuo imprestito delle respettive norme, che non erano dall' uno all' altro comunicabili. Ora ne avvenne che il magistero di polizia, per la influenza dei principii del giure penale, si stringesse fra tali lacci che lo rendevano inetto. Ora ne avvenne che sul giure penale si attribuisse una smodata influenza alla idea della prevenzione, allargando l' arbitrio a discapito della giustizia. Sono due forze che si porgono a vicenda la mano per l' ultimo fine dell' ordine, che esse hanno a comune come fine supremo di tutte le leggi imposte dal creatore al creato. Sono due forze che non devono l' una all' altra avversare. Sono due forze riunite nella stessa mano dell' autorità sociale. Ma sono due forze essenzialmente distinte. Se l' una si misura con le norme dell' altra si affievolisce fino all' impotenza: se l' altra si misura con le norme dell' una si esagera fino alla ferocia.

Digitized by Google

Fu una vicenda costante negli ordinamenti delle nazioni che sotto i governi dispotici l' ufficio di polizia si amalgamasse col giure punitivo; e gelosamente si tenessero separati sotto i liberi reggimenti. Così in Roma libera fu estraneo alla giustizia penale l' ufficio e la giurisdizione *censoria*. L' impero cambiò in delitti proprii moltissimi fatti dei quali sotto la repubblica si occuparono soltanto i censori (1). A coprire cotesta confusione si è preso secondo i varj tempi pretesto da tre diversi pensieri. Ora dalle idee smodate circa l' autorità del Principe, o circa i diritti dello Stato: ora dalla prevalenza del fanatismo religioso: ora da un eccessivo zelo per la morale. Ciascuna di queste idee ha alla sua volta fuorviato il giure punitivo, e facendo velo al suo genuino concetto lo ha reso indefinito ed ingiusto. Ma l' autorità sociale che voglia legittimamente esercitare i diversi poteri che le sono conferiti, deve esercitare ciascuno di loro secondo le regole di assoluta ragione che ne sono respettivamente dominatrici.

Nell' autorità che sovrasta al corpo sociale esiste una quantità di poteri, nei quali più che veri diritti si configurano altrettanti doveri, che legano la stessa verso i cittadini, e le ne rendono entro certi limiti obbligatorio l' esercizio.

Essa deve proteggere le private transazioni, onde nei rapporti patrimoniali non domini la frode o la forza, ma la giustizia. A ciò supplisce con le leggi

(1) Koenigswarter *diss. nullum delictum sine lege, pag.* 12.

Digitized by Google

civili, e con la istituzione di magistrati che dirimano secondo quella le pecuniarie controversie tra i cittadini. Ciò attiene al *diritto privato*. Ma il diritto privato, in quanto regola facoltà acquisite e alienabili, non è in sè assoluto; perchè l'individuo può col suo consenso render giusto ciò che per la legge sarebbe ingiusto; e l'autorità può per ragioni di pubblico bene rendere inefficace il consenso e il diritto dei privati.

Essa deve mantenere nei giusti confini i rapporti che intercedono fra governanti e governati; onde quelli non trasmodino il cerchio delle loro attribuzioni; questi non eludano la dovuta obbedienza. Suppliscono a ciò gli ordinamenti organici dello Stato; i quali attengono al *diritto pubblico* particolare, o diritto *costituzionale*. Ma questo non è in sè stesso assoluto: perchè le diverse condizioni dei popoli modificano il diritto pubblico; il quale è sempre legittimo quando è conforme ai voleri della maggiorità intelligente, e indirizzato al fine ultimo del bene generale.

Essa provvede a mantenere buone relazioni tra lo Stato e le altre nazioni; perchè i cittadini siano protetti anche in estero territorio; e perchè dalle nazioni limitrofe, anzichè sorgere una cagione di pericolo, emergano elementi reciproci di sicurezza esterna e di interna ricchezza. A ciò provvede coi congressi, coi trattati, coi consolati, con le ambascerie, ed al bisogno con la guerra. Ciò attiene al *gius delle genti*, o *internazionale*. Ma anche questo è variabile secondo le condizioni dei varii popoli.

Deve l'autorità provvedere al bisogno delle pubbliche spese; promuovere la miglioria morale del po-

Digitized by Google

polo, ossia la vera civiltà (la quale non consiste nella garbatezza dei modi, ma nella onestà dei costumi); e procacciare che i consociati, non solo del necessario non manchino, ma abbiano ancora quanto meglio serve a prosperare la vita. A tal fine si indirizzano le leggi sul culto, sul buon costume, sul commercio, sulla finanza, sull' annona, sulla regalia, sulle opere pubbliche. Ciò attiene al *diritto amministrativo*, ed all' *economia politica*. Ma anche questa non può formare un corpo di giure assoluto e costante, perchè la sua legge è la utilità.

Ora in tutte queste provvisioni, che nel loro complesso pertengono alla scienza del *buon governo*, avviene spesso che l' autorità per rafforzare un suo ordinamento debba, a servigio del ben comune, infliggere qualche male a quel cittadino che a tali provvisioni si opponga col suo operato.

Ma sarebbe un errore il credere che ogni qual volta l' autorità infligge un male ad un cittadino per cagione di un suo fatto, essa eserciti sempre il *giure penale*. Le leggi finanziarie, la regalia, il commercio hanno frequenti penalità; gli stessi ordini di procedura civile minacciano delle ammende; la polizia ammonisce, corregge, ed anche imprigiona; e spesso senza che siasi niente turbato l' ordine esterno, ma solo perchè o il turbamento ragionevolmente si teme, o si è diminuita la prosperità del paese.

Tutte queste severità, le quali non posson essere che leggiere, non attengono al magistero penale. I fatti che provocano tali misure possono dirsi *trasgressioni*, ma non sono *delitti*.

Digitized by Google

Errava anche in questa parte Rousseau, quando con una delle brillanti sue frasi diceva, che il giure penale non era una legge di per sè stante, ma la sanzione di tutte le altre. Con cotesta formula riducesi l' ufficio del diritto criminale alla mera punizione, senza tener conto della proibizione, che ne è pure parte integrante; si getta il giure penale in balia dell' indefinito; e si rende impossibile costruirlo a forma di vera scienza, e unificarne il principio moderatore.

Il criterio che separa il magistero penale dal magistero di buon governo, e che distingue così i *delitti* dalle *trasgressioni*, non può essere che questo: che il magistero penale deve colpire soltanto i fatti ai quali possa adattarsi il carattere di moralmente riprovevoli, perchè ha la misura del suo diritto nella giustizia assoluta; mentre il magistero di buon governo può colpire anche fatti moralmente innocenti, perchè il fondamento del suo diritto è la pubblica utilità.

Che se in qualche codice si videro manomesse coteste regole nella formazione delle classi; ed ora nella legge penale si intrusero *trasgressioni*, ora alla legge di polizia si consegnarono veri *delitti;* ciò non contradice la verità dei principj, ma prova soltanto l' errore e la inesattezza dei legislatori.

La scienza del *giure penale* non può occuparsi che dei primi fatti. Sui secondi non getta che uno sguardo fugace, per avvertire i legislatori ad esser miti ed umani. Ma non può render comuni alle *trasgressioni* le sue teorie, senza generare inestricabile confusione (1).

(1) Feuerbach definì la scienza criminale — scienza dei diritti che lo Stato può avere sopra i cittadini in ragione

Digitized by Google

Il magistero penale è destinato a proteggere la libertà individuale. Gli altri ordinamenti la restringono. Il magistero penale presuppone sempre un fatto violatore della legge morale, ed un' intenzione riprovevole. Gli altri ordinamenti ora non curano dell' intenzione e della moralità, ma soltanto del fatto materiale; ora non attendono neppure il fatto, ma colpiscono la sola malvagità dell' uomo. Al magistero di buon governo sta bene si assegni come fondamento del suo diritto la *politica necessità*, od anche la *utilità:* al magistero penale non può attribuirsi come genesi un atto di volontà umana; ma il precetto di Dio, promulgato all' uomo mercè la legge di natura. Gli ordinamenti di quello sono relativi e variabili; il magistero penale è assoluto in tutti i suoi principj fondamentali.

E di vero se il gius di punire nella mano dell' uomo procede dalla legge eterna dell' ordine, la scienza del giure penale deve essere indipendente da qualunque provvisione di legge umana; e diretta soltanto da regole di assoluta ragione.

delle violazioni di legge che questi commettono. — Cotesta definizione, quantunque in parte esprima il concetto filosofico della nostra scienza, è troppo vasta; perchè estendendosi a qualunque sanzione e a qualsiasi violazione di legge, comprende più del definito. La omessa registrazione di un atto civile, e la sua formazione in carta senza bollo, atterrebbero al giure penale!

La scienza criminale è — la ricerca dei limiti interni ed esterni entro i quali soltanto lo Stato può tutelare i diritti umani collo spogliare di un suo diritto l' uomo che li abbia attaccati; e dei modi più convenienti di esercitare con siffatto mezzo questa tutela.

Digitized by Google

Se il giure penale avesse la sua radice e la sua norma nella volontà dei legislatori, lo studio di questa scienza sarebbe ristretto all' arido commento del codice della città: e i suoi dettati varierebbero col variare di tempi, di luoghi, di bisogni, e di opinioni.

Ma la elasticità perpetua del giure penale fu un sogno del Filangieri, che accettò gli errori dei legislatori pagani come tipo di verità razionale. Cotesta idea è ormai rejetta dalla scienza; la quale si suiciderebbe accettandola. Il giure penale ha la sua genesi e la sua norma in una legge che è assoluta, perchè costitutiva dell' unico ordine possibile alla umanità secondo le previsioni e i voleri del creatore. La scienza penale non cerca che l' applicazione alla tutela giuridica di questi principii razionali imposti a noi dalla mente suprema.

Le sue dimostrazioni non si desumono dalla parola dell' uomo: ma devono essere deduzioni logiche dell' eterna ragione, della quale Dio rivelò agli uomini per mirabile ispirazione quanto occorreva a regolare quaggiù la loro condotta verso i proprj simili. Subordinate così ad una norma *assoluta*, le leggi penali sono nei principii cardinali *assolute:* nè possono divenire *relative* che nella forma della loro applicazione.

Ecco la scienza penale che noi dobbiamo studiare; astraendo sempre da ciò che può essere piaciuto dettare nei varj codici umani, e rintracciando la verità nel codice immutabile della ragione. La comparazione dei diritti costituiti non è che un complemento della nostra scienza. In coteste secondarie ricerche noi dobbiamo giudicare tra i vari codici qual più si adatti

Digitized by Google

all' archetipo del vero assoluto: non già con viaggio prepostero desumere la verità dei principii dal diritto costituito. I dettati umani furono troppo spesso iniqui ed irragionevoli, perchè eccitati dalle passioni o dalle allucinazioni dello intelletto. Se il tipo della legge naturale si volesse desumere da cotesto criterio, o si cadrebbe in uno scetticismo pauroso, o si legittimerebbe qualunque ingiustizia.

Alla nostra scienza tre fatti porgono argomento — l' uomo che viola la legge — la legge che vuol punito quell' uomo — il magistrato che verifica la violazione, ed irroga la punizione. Delitto — pena — giudizio —. L' ordine delle materie nel giure penale discende dalla natura delle cose. È inalterabile.

Questa è la parte *generale* della scienza nostra. La parte *speciale* scende all' esame dei *singoli fatti* coi quali si viola la legge; ed anche questi esamina secondo i principii di ragione con un criterio tutto ontologico, per definirne i respettivi caratteri, distinguerne le fisonomie, e misurarne i gradi.

Fin qui tutto è *teoria;* parte *speculativa.* Esaminare intorno ai giudizi, quali sono le procedure con cui si ordinano nel nostro paese; e intorno ai delitti in specie, quali sono le nozioni e i respettivi rapporti, secondo i quali vengono definiti e misurati dalla legge che ci governa: ella è parte puramente *pratica* e positiva.

Nella parte teorica si interpetra una legge eterna ed immanchevole come archetipo a cui debbono uniformarsi le opinioni di tutti i sapienti; ed a cui deve obbedire lo stesso legislatore. Nella parte pratica si

Digitized by Google

interpetra una legge umana e variabile, come autorità alla quale, noi tutti, e sudditi e magistrati, dobbiamo, fintantochè vige, uniformarci, sieno quali si vogliono le nostre opinioni.

La ragione della obbedienza alla prima è la *verità*: la ragione della obbedienza alla seconda è l'*impero*.

Ma la parte *pratica* del giure penale si pertiene alle cattedre liceali, e di perfezionamento: queste, come guida dei giureperiti alla attuazione del diritto nel fòro, hanno per testo la legge scritta, per duce l'ermeneutica, e i monumenti giurisprudenziali: e con l'aiuto della critica debbono coordinare questi ad un sistema: con l'aiuto della ragione teorica rilevare in quella i difetti, e proporne le utili migliorie. Ma la cattedra non guarda il giure penale che sotto il punto di vista filosofico; perchè insegna non la scienza della Italia, ma i principii comuni a tutta la umanità.

Tale è la via che noi dobbiamo percorrere. E la percorreremo seguitando con amore e con fede i principii che distinsero su tutte le altre la scuola italiana.

La scuola italiana, che bevendo ai sommi principii della latina filosofia nell'argomento penale, seppe col presidio del cristianesimo appurarli dalla nebbia pagana, e rivendicarli dal guasto delle ferocie orientali e dei nordici pregiudizi, che gli avevano con successiva guerra manomessi e corrotti.

La scuola italiana, che tanto operò nella lunga lotta fra il diritto e la forza: che prima di ogni altra proclamò col labro di Vico, esservi nella distribuzione delle penalità una legge che sovrasta al legislatore: ed elaborandosi nella doppia fucina dell'accademia e del

Digitized by Google

fôro, serbossi ugualmente incontaminata dal fascino delle visioni trascendentali, e dal brutale materialismo del secolo decimottavo.

La scuola italiana ebbe già su questa cattedra il suo più splendido altare; il suo apostolo nel Carmignani; i suoi sacerdoti nella toscana magistratura: e quantunque sembrasse tripartirsi nel secolo presente, pure rimase unificata sempre nello spirito e nelle tendenze.

Se udimmo ai nostri giorni quel sommo ingegno di M. Flottard (1) avvertire la Francia, che gli italiani nella via delle riforme penali avevano di lunga mano precorso tutte le nazioni di Europa; sia nostra gloria seguitare il cammino coraggiosamente segnato dai nostri maggiori, anzichè per vaghezza di sterili novità muovere contro di loro una guerra impotente.

(1) *De l'état actuel du droit pénal en Italie*, nella Revue critique *de jurisprudence, Ann.* 1852, *pag.* 373.

Digitized by Google

PARTE GENERALE

SEZIONE PRIMA

DEL DELITTO

CAPITOLO I.

Della imputabilità *e della* imputazione.

§. 1.

Imputare significa — porre una qualche cosa al conto di alcuno (1).

(1) Vedasi Kleinschrod *dissert. intorno alla dottrina della imputazione* (negli opuscoli raccolti dal Mori *vol.* 1, *pag.* 1.) — Pufendorf *de jure naturae et gentium lib.* 1, *cap.* 5, §. 3. — Nani *principii di giurisprudenza criminale part.* 1, *cap.* 1, *sez.* 1, §. 2. — Woltaer *observationes lib.* 1, *observ.* 4. *imputationis civilis notio eruta.*

§. 2.

La *imputabilità* è il giudizio che formasi di un fatto *futuro* previsto come meramente possibile. La *imputazione* è il giudizio di un fatto *avvenuto*. La prima è la contemplazione di una idea: la seconda è l'esame di un fatto concreto. Là si ha dinnanzi un puro concetto: quà si ha dinnanzi una realtà.

Digitized by Google

§. 3.

La imputabilità e la imputazione variano di *predicato* secondo che il giudizio, che attribuisce all' agente la responsabilità di un fatto o *previsto*, o *verificato*, procede o dalla semplice considerazione del nesso naturale tra il fatto e la moralità dell' agente; o da considerazioni derivate dai rapporti esterni dell' uomo.

§. 4.

La imputabilità e la imputazione *morale* non hanno altra condizione tranne quella che l' uomo il quale fu causa *materiale* di un fatto, ne fosse ancora causa *morale*. È moralmente imputato all' uomo un fatto di cui fu causa morale, tanto se il suo atto è indifferente, tanto se è buono, quanto se è malvagio.

§. 5.

La imputabilità (1) *politica* sorge quando si dichiara che dell' atto previsto sarà responsabile il suo autore in faccia alla società. Questo giudizio si definisce — *un atto pratico dell' autorità, col quale prevedendo la possibilità di un' azione umana, la dichiara imputabile come delitto al suo autore per ragioni di politica convenienza.*

(1) La scuola spagnuola (Pacheco *estudios del derecho penal*) e portoghese (Jordao *codigo penal portu-*

Digitized by Google

guez) usano invece la parola *criminalità* come meno equivoca. Anche noi avevamo come voce di uso il termine *incriminare*. Dichiarare *politicamente imputabile* un' azione, e *incriminarla*, suona l' istesso. Vale cioè, dichiarare che chi la commetterà sarà responsabile di un delitto: vale vietarla sotto minaccia di una repressione.

§. 6.

La imputazione *civile* (1) nasce quando si dichiara che di un fatto avvenuto ne è responsabile in faccia alla società un determinato individuo. Questo giudizio si definisce — *un atto pratico di mera ragion civile, col quale si interpetra la legge promulgata secondo i canoni giurisprudenziali, e si giudica un fatto secondo i criterii logici, per dichiarare che alcuno ne è l' autore responsabile in faccia a quella.*

(1) Bichon *(de dolo)* ed altri la dicono *imputazione giuridica*.

§. 7.

Il giudizio sulla politica imputabilità non può emettersi che dal legislatore: quello sulla imputazione civile dal magistrato.

§. 8.

Il giudizio col quale il magistrato imputa civilmente ad un cittadino un' azione come già dichiarata dalla legge politicamente imputabile, è il resultamento di tre distinti giudizii. Il magistrato trova in quell' individuo la causa *materiale* dell' atto: e gli dice — *tu*

Digitized by Google

facesti — imputazione *fisica*. Trova che quell' individuo venne a quell' atto con volontà intelligente: e gli dice — *tu facesti volontariamente* — imputazione *morale*. Trova che quel fatto era proibito dalla legge della città: e gli dice — *tu facesti contro la legge* — imputazione *legale*. È solo dietro il risultato di queste tre proposizioni, che il magistrato può dire al cittadino — io ti imputo questo fatto *come delitto*.

§. 9.

Ma come il magistrato, nel formare il giudizio sulla imputazione civile, soggiace al dettato della legge ed ai canoni di logica e di giurisprudenza; nè da queste norme può senza abuso deviare: così il legislatore nel formare il giudizio sulla politica imputabilità soggiace a regole assolute, dalle quali non può deflettere senza rendersi ingiusto e tiranno (1).

(1) Vedasi Van Berkout nella dissertazione, *an et quatenus a jure naturali jus positivum recedere juste possit.*

§. 10.

Le leggi penali non possono considerarsi come puramente *relative*. Nei loro principii cardinali esse sono *assolute*.

§. 11.

Onde un' azione possa dall' autorità sociale legittimamente dichiararsi imputabile al suo autore come

Digitized by Google

delitto, occorrono indispensabilmente i seguenti estremi — 1.° che a lui sia *imputabile moralmente* — 2.° che possa imputarsi come *atto biasimevole* — 3.° che sia *dannosa alla società* — 4.° che sia *promulgata la legge che la proibisce.*

§. 12.

1.° La legge dirige l' uomo in quanto è un essere moralmente libero: onde a nessuno può chiedersi conto di un evento del quale sia stato causa puramente *fisica*, senza esserne menomamente causa *morale.* Ciò basta alla imputazione morale. Ma di più l' azione che vuole rinfacciarsi all' uomo come delitto, oltre ad essere a lui moralmente attribuibile *come atto* volontario deve — 2.° *poterglisi rinfacciare* come atto *biasimevole.* Non è in potere del legislatore di *incriminare* qualunque atto di cui l' uomo fu causa morale, quando questi atti fossero prescritti da una legge superiore. E ciò perchè sebbene la legge criminale non debba essere nei suoi precetti una ripetizione della legge morale e religiosa; pure non può a queste leggi avversare. Il mantenimento dell' ordine esterno non può ottenersi con mezzi turbativi dell' ordine interno (1).

(1) Una legge che proibisse difendere il proprio simile da un ingiusto male che gli sovrasta; una legge che imponesse a un figlio di denunziare i delitti del genitore, o ad un cittadino di abbandonare la propria religione, e simili, urterebbe contro questo precetto, perchè imputando *politicamente* un atto che è comandato dalla morale, si porrebbe in contradizione con una legge superiore ed a cui non ha potestà di derogare. Questa dunque è una condizione *negativa*,

Digitized by Google

piuttostochè *positiva*. Non si esige che l' atto onde possa imputarsi *politicamente* (almeno come *trasgressione)* debba sempre essere moralmente *biasimevole;* potendosi anche gli atti moralmente indifferenti proibire per la tutela del diritto minacciato; e questi atti divengono biasimevoli moralmente, poichè l' autorità li ha in modo legittimo vietati politicamente. Ma non possono dichiararsi *biasimevoli politicamente* quegli atti che sono doverosi o lodevoli per la legge naturale o religiosa.

§. 13.

3.º Perchè un atto possa essere politicamente imputabile non basta che lo sia moralmente, nè che sia in sè malvagio per il precetto morale. Bisogna di più che l' atto moralmente imputabile ad alcuno come pravo, sia *politicamente dannoso*. Ciò consegue dal principio che il diritto di proibire certe azioni, e dichiararle delitto, si attribuisce all' autorità sociale come mezzo di mera *difesa* dell' ordine esterno: non per il fine del perfezionamento interno.

§. 14.

Di più il danno che reca l' azione prava dell' uomo deve essere danno *sociale:* cioè tale che non possa con altri mezzi, tranne col sottoporlo alla repressione della legge, provvedersi alla tutela dell' ordine esterno. Se il danno è ristretto all' individuo, o riparabile con un' azione diretta, il legislatore eccederebbe i suoi poteri dichiarando *delitto* l' atto che ne fu causa.

Digitized by Google

§. 15.

Così per la prima considerazione i pensieri, i vizi, e peccati, quando non turbano l' ordine esterno, non possono dichiararsi delitti civili.

§. 16.

Così pel secondo motivo la violazione di un contratto, benchè prava e volontaria e benchè dannosa all' individuo i cui diritti si offendono, non può dichiararsi delitto, perchè gli altri cittadini non sentendone commozione l' ordine esterno non ne viene a patire. A tutelare il diritto manomesso basta la coazione diretta.

§. 17.

È questo lo scoglio più pericoloso del legislatore. Distinguere il sindacato morale dal sindacato politico: e distinguere il magistero civile dal magistero penale. Ogni deviazione da tali confini è una ingiusta offesa alla libertà civile.

§. 18.

La *pravità morale* di un' azione e la sua *pravità politica* sono dunque essenzialmente distinte. Nel giudizio che si emette circa la prima si procede dalla considerazione degli atti interni alla considerazione degli esterni. Nel giudizio che si emette sulla seconda si

Digitized by Google

procede dalla considerazione dell' atto esterno alla considerazione dell' atto interno. Il criterio dominatore del primo giudizio è la bruttura morale: il criterio dominatore del secondo giudizio è il disturbo sociale.

§. 19.

4.° Se l' uomo soggiace alla legge penale in quanto è ente dirigibile, questa sua subiezione ha causa nel suo intelletto e nella sua volontà. Ma a nessuno può attribuirsi la volontà di violare una legge o che non esiste o che ei non conosce. Dunque non può essere delitto un'azione, se non è emanata e promulgata la legge che la proibisce.

§. 20.

Da tali premesse si desume la nozione del *delitto civile.*

CAPITOLO II.

Nozione del delitto.

§. 21.

Il *delitto* civile si definisce — *la infrazione della legge dello Stato promulgata per proteggere la sicurezza dei cittadini, risultante da un atto esterno dell'uomo, positivo o negativo, moralmente imputabile* (1).

(1) Questa nostra definizione non può piacere ad una scuola moderna, e deve inevitabilmente incontrarne la censura. La dottrina di codesta scuola si è ultimamente riassunta da Franck (*Philosophie du droit pénal sect.* 2, *chap.* 1): è un errore, essa dice, desumere la nozione del delitto dalla

Digitized by Google

legge umana promulgata nella città. Un' azione è o non è criminosa secondo che essa osteggia o non osteggia alla legge suprema del diritto in tal guisa che la tutela giuridica ne esiga la repressione. Questa sua condizione è assoluta. Essa nasce da un ordine superiore alla volontà degli umani legislatori, al quale costoro non possono derogare. Col definire il delitto, la infrazione della legge lata, si viene ad ammettere che anche un' azione eminentemente scellerata e nociva possa non esser delitto nella città dove nessuna legge la vieti; e che invece un' azione innocentissima divenga delitto per il capriccio di un barbàro legislatore cui piacque dichiararla tale. Ciò è intollerabile. La vostra definizione è un circolo vizioso. Vi si domanda quali sieno le *azioni punibili*, e voi rispondete quelle che sono punite.

Noi riconosciamo la verità di coteste osservazioni, e perciò abbiamo francamente dettato i precetti che devono obbedirsi dal legislatore nell' esercizio dell' alta missione di determinare quali azioni saranno delitto nella città da lui governata. Noi abbiamo detto che se il legislatore nel dettare le sue proibizioni conculca cotesti precetti, egli commette un abuso di potere, e la sua legge è ingiusta. Noi aderiamo dunque strettamente alle verità che proclama la scuola filosofica, e siamo ben lungi dall' ammettere che dalla sola legge umana dipenda l' essere o no un' azione delitto. Col definire il delitto la *violazione della legge promulgata* abbiamo presupposto che cotesta legge sia dettata conformemente alla suprema legge naturale giuridica. Ma nel dare la definizione del delitto non abbiamo potuto preterire la idea della legge promulgata, perchè i principii della scienza devono servire di norma non al solo legislatore, ma eziandio ai magistrati. Ora se dalla definizione del delitto togliete la idea della legge promulgata venite evidentemente a queste due conseguenze: che al cittadino manca la regola scritta della propria condotta: e che il magistrato si converte in legislatore. Definite il delitto la *violazione di un dovere sociale*, oppure con Franck (*op. cit. pag.* 133) *qualunque attacco alla sicurezza e alla liber-*

Digitized by Google

tà sia della società sia degl' individui, e ditemi poi se in faccia a codesta definizione lo attribuire nei casi concreti ad un' azione il carattere di delitto non venga ad essere interamente rilasciato al fluttuante arbitrio del giudice. La nostra definizione guarda nel delitto la sua ultima condizione, cioè il divieto della legge della città. Questo divieto potrà essere buono o cattivo, giusto od ingiusto, ma nondimeno rimarrà sempre come fatto giuridico che in quella città è delitto lo infrangere tale divieto. Laddove senza la legge che vieti sarà sempre ingiusto ravvisare un delitto in un' azione, per quanto prava e nociva; e per quanto meritevole in faccia all' ordine naturale giuridico di essere elevata a delitto. Ove poi si cercasse la mera definizione filosofica del delitto noi allora ci soscriveremmo alla definizione di Franck. Non accetteremmo però quella data dall' illustre Pessìna, essere il delitto la *negazione del diritto*. Questa formula esprime una idea che è intrinseca nella nozione del delitto, il quale ha per necessaria sua condizione uno stato di contradizione col diritto. Ma come definizione è inesatta perchè include più del *definito*. Anche chi rifiuta pagare un debito *nega il diritto*.

§. 22.

Delitto, reato, offesa, crimine, malefizio: tutte parole adoperate dai cultori della scienza penale come sinonimi (1): nessuno dei quali appaga il desiderio di chi vorrebbe trovare nella parola la definizione della cosa: tutti indifferenti a chi si contenta di trovare nella parola il segno dell' idea.

(1) Sulla etimologia delle parole *delictum*, *scelus*, *facinus*, *flagitium*, *reatus*, *crimen*, *maleficium* si vedano gli studi del sig. Buccellati nel libro intitolato *Guida allo studio del diritto penale lib. 2, cap. 1.*

Digitized by Google

§. 23.

infrazione della legge — La idea *generale* del delitto è quella di una violazione (o abbandono) della legge: perchè nessun atto dell'uomo può essergli rimproverato, se una legge non lo vietava. Un atto diviene delitto solo quando cozza con la legge: può un atto essere dannoso; può essere malvagio; può essere malvagio e dannoso: ma se la legge non lo vieta non può essere rimproverato come delitto a chi lo eseguisce. Ma varie essendo le leggi direttive dell'uomo, in questa idea generale il vizio (che è l'abbandono della legge morale) e il peccato (che è la violazione della legge divina) si confonderebbero col delitto.

§. 24.

dello Stato — Con lo aggiungere questa restrizione ci avviciniamo alla idea *speciale* del delitto, limitandone il concetto alla violazione delle leggi dettate dall'uomo.

§. 25.

promulgata — La legge morale è rivelata all'uomo dalla coscienza. La legge religiosa è rivelata espressamente da Dio. La legge civile deve essere promulgata ai cittadini perchè sia obbligatoria. Pretendere che essi si conformino ad una legge che non fosse loro comunicata, sarebbe ingiusto ed assurdo, quanto pretendere si uniformassero ad una legge non

Digitized by Google

ancora sanzionata (1). La promulgazione della legge penale debitamente fatta una volta, porta seco la presunzione della cognizione di quella nei cittadini. Ma una promulgazione bisogna vi sia, come momento del suo passaggio dall'embrione del pensiero alla vita reale (2).

(1) Vedi Weiss *de vi consuetudinis in Criminalibus*, nei suoi *Opuscula Academica commentatio* 3.

(2) Bene Koenigswarter *dissert. nullum delictum sine praevia lege pag.* 118. La irrogazione di una pena non può essere legittima che come sanzione del precetto: della quale non può lagnarsi chi lo ha volontariamente violato. Se si dichiarasse delitto dal giudice un'azione che la legge non aveva precedentemente vietata, e si irrogassero castighi che una legge non aveva comminato, mancherebbe al giure penale la base della necessaria tutela del diritto. Poichè in un decreto e in una punizione inflitta dal giudice per sua autorità, gli uomini non potrebbero trovare certezza che all'identico fatto, ove a danno loro si ripetesse, fosse per applicarsi uguale rigore. Il concetto di un *delitto* senza previa legge repugna adunque non solo alla giustizia, ma anche alla politica. Tolomei (*diritto penale filosofico e punitivo* §. 145 *pag.* 108) così definisce il delitto — *la imputabile violazione di quei diritti che non possono essere protetti dalla legge altrimenti che con la minaccia, e con la conseguente effettiva irrogazione di una pena.* In senso filosofico può accettarsi questa definizione. Ma per lo scopo pratico manca nella medesima lo elemento della promulgazione. A me pare che il delitto a legge nata non possa definirsi altrimenti che come io l'ho definito. A legge da nascere si può definire — la violazione del diritto accompagnata da turbamento sensibile nell'ordine della umana consociazione.

Digitized by Google

§. 26.

per proteggere la sicurezza — Ciò porta all' ultima luce la idea *speciale* del delitto; che sta nella violazione di quella legge umana precisamente la quale è intesa a proteggere la sicurezza pubblica e privata. Non ogni violazione delle leggi della città è un *delitto*. Le leggi che provveggono agli interessi patrimoniali possono essere violate (per esempio con lo inadempimento di una obbligazione civile) nè per questo la loro inosservanza è un *delitto*. Possono violarsi le leggi che promuovono la *prosperità* dello Stato, e si avrà una *trasgressione*, non un delitto. La idea speciale del delitto sta nell' aggressione alla sicurezza; e non può ravvisarsi se non in quei fatti coi quali si ledono le leggi che la tutelano.

§. 27.

dei cittadini — In questa formula si comprende la sicurezza *pubblica* non meno che la *privata:* poichè la sicurezza *pubblica* in tanto si protegge, in quanto è mezzo alla sicurezza *privata*. Appunto per esprimere la idea della *sicurezza pubblica* si dice — *dei cittadini* — e non di un *cittadino*. Perchè il fatto che danneggiasse *un solo* cittadino, senza menomare la sicurezza degli altri, non potrebbe essere dichiarato *delitto;* come in seguito (§. 118) vedremo. Con ciò si è quanto basta espressa la idea della tutela generale che presiede alla legge punitiva, senza bisogno di aggiungere la formula inesatta della tutela della società.

Digitized by Google

La tutela della società intanto è necessaria in quanto è necessaria la società civile per proteggere i diritti dei consociati. Il Governo legittimamente col giure punitivo protegge anche sè medesimo, in quanto la tutela di sè è indispensabile alla tutela dei singoli, i quali, costituito una volta il governo, acquistano tutti e ciascuno il diritto che sia rispettato. Onde chi offende quello offende tutti i cittadini; e dal dovere che incombe allo Stato di tutelare i diritti dei singoli nasce in lui il diritto di tutelare sè stesso.

§. 28.

risultante da un atto esterno — L' esercizio della giustizia è delegato in virtù della legge dell' ordine alla autorità sociale, perchè siano tutelati i diritti dell' uomo mercè una coazione efficace e presente adietta al precetto naturale di rispettarli. Ma i diritti dell' uomo con gli atti interni non possono offendersi: dunque l' autorità sociale non ha il diritto di perseguitare gli atti interni. Alle opinioni ed ai desiderii non può imperare l' autorità umana; e i pensieri non possono senza abuso considerarsi come delitto, non perchè siano occulti allo sguardo dell'uomo, ma perchè nell' uomo non vi è diritto di chieder conto al suo simile di un atto che a lui non può recare nocumento. La tutela dell' ordine esterno sulla terra spetta all' autorità: la tutela dell' ordine interno non spetta che a Dio. E quando si dice che la legge penale non può colpire il *pensiero*, s' intende sottrarre al suo dominio tutta la serie dei momenti che com-

Digitized by Google

pongono l' atto interno — pensiero — desiderio — progetto — e determinazione — finchè non è dedotta alla sua esecuzione.

§. 29.

dell' uomo — Il *soggetto attivo* primario del delitto non può essere che l' uomo; solo in tutto il creato che come fornito di volontà razionale sia ente dirigibile (1).

(1) Sui processi fatti in altri tempi agli animali sono a vedersi le erudite osservazioni di Ortolan *cours de droit pénal pag.* 188.

§. 30.

positivo o negativo — Per la tutela dei diritti dell' uomo può essere necessario che si vietino alcuni atti, e se ne impongano in certe circostanze alcuni altri. La legge che vieta i primi si viola con l' atto positivo contrario: la legge che impone i secondi si viola con l' atto negativo. Dunque possono essere delitto tanto gli atti di commissione, o di *azione;* quanto quelli di omissione, o di *inazione.* Ma *la omissione* di uno può congiungersi con la *commissione* di altri: e questo rapporto configurare nell' atto *negativo* la infrazione della legge che vieta l' atto *positivo.* In tal caso però non sorge il vero delitto d' inazione, perchè il *vincolo morale* (accordo) che congiunge la inazione di uno con l' azione di un altro come mezzi convergenti al fine delittuoso, unifica il delitto di ambo i partecipi; e trovandone il titolo nell' atto positivo non fa dell' atto negativo che un elemento di parteci-

Digitized by Google

pazione. Per avere il delitto di pura *inazione* bisogna supporre l'assenza di un fatto positivo colpevole a cui volontariamente si concorra con l'omettere una qualche cosa. Laonde il delitto di pura *inazione* non può concepirsi se non nei casi in cui altri abbia *diritto esigibile* all' azione omessa. Così la madre che non allatti il bambino per condurlo a morte commette un vero delitto d' *inazione*, un vero infanticidio: perchè la creatura ha diritto all' azione dello allattamento. La categoria di questi delitti si allarga grandemente in quelle legislazioni che ammettono il principio della *solidarietà difensiva* dei cittadini.

§. 31.

moralmente imputabile — L' uomo soggiace alle leggi criminali per la sua natura morale: dunque nessuno può essere politicamente responsabile di un atto di cui non sia responsabile moralmente. La *imputabilità morale* è il precedente indispensabile della *imputabilità politica.*

§. 32.

Il delitto come *fatto* ha origine dalle umane passioni, le quali spingono l' uomo a ledere i diritti del proprio simile malgrado la legge che proibisce di farlo.

§. 33.

Il delitto come *ente giuridico* ha origine nella natura della società civile. L' associazione (che all' uomo

Digitized by Google

è imposta dalla legge eterna come mezzo di conservazione, di progresso intellettuale, di perfezionamento morale, e di protezione del diritto) non sussisterebbe, nè risponderebbe ai *suoi fini*, se ciascuno dei consociati avesse libera ogni sua voglia, anche ingiusta e dannosa ad altrui. Di qui la necessità di proibire certi atti che turberebbero l'ordine esterno, e decretare che qualora si commettano saranno considerati come delitti. Questa *necessità* dicesi *necessità politica*. La *necessità politica* è la formula che esprime il rapporto della legge criminale con la società già esistente. Ma la *necessità politica* guardata nella sua prima causa non è che una necessità *della natura umana*. Se fosse altrimenti, la necessità politica sarebbe una formula empirica, che non varrebbe a mostrare la legittimità della proibizione.

§. 34.

Si noti che il *delitto* non è definito un' *azione*, ma una *infrazione*. Dunque la sua nozione non si desume dal *fatto materiale*, nè dal *divieto della legge*, isolatamente guardati; ma dal *conflitto* tra quello e questo.

§. 35.

Dunque la *idea* del delitto non è che una idea di *rapporto*: il rapporto *contradittorio* tra il fatto dell' uomo e la legge. In questo solo consiste l' *ente giuridico* cui si dà il nome di delitto, od altro sinonimo. È un ente giuridico che ha bisogno per esistere di certi elementi *materiali* e di certi elementi *morali*;

Digitized by Google

il complesso dei quali costituisce la sua unità. Ma ciò che completa il suo essere è la contradizione di quei precedenti colla legge giuridica.

§. 36.

Da ciò si rileva essere un equivoco ritenere che l' *oggetto* del delitto sia la *cosa* o l' *uomo* su cui l' azione criminosa si esercita. Il *delitto* si perseguita non come *fatto materiale*, ma come *ente giuridico*. L' *azione materiale* avrà per *oggetto* la *cosa* o l' *uomo:* l' *ente giuridico* non può avere per suo *oggetto* che una *idea*, il *diritto* violato che la *legge* col suo divieto protegge.

§. 37.

L' *azione* guardata come *fatto materiale* si compone di diversi *momenti*, ciascuno dei quali ha una relativa *oggettività* distinta, che sta nelle cose od uomini su cui l' *azione* stessa successivamente si svolge nel corso di tali momenti.

§. 38.

Guardata nel *risultato* dell' insieme di quei momenti, la sua oggettività (non più materiale ma ideale) varia secondo il diverso *rapporto* sotto il quale si considera tale risultamento.

§. 39.

Così (a modo di esempio) nel furto l'*oggetto* dell'*atto materiale* di prendere la cosa altrui sarà la *cosa* stessa. Ma considerato cotesto fatto nel suo rapporto ideale, fa sorgere diversi *enti ideali*, appunto pel variare del-

Digitized by Google

la *oggettività*. Il teologo vi scorge un *peccato;* il moralista un *vizio;* il criminalista un *delitto*. Ma i tre enti *ideali* — peccato, vizio, delitto — hanno essi l' identico *oggetto?* No. L' *oggetto* del peccato è il precetto *divino;* del vizio il precetto *morale;* del delitto il precetto *civile;* perchè appunto dalla violazione di questi tre distinti precetti, e così dal variato *rapporto* di quell' atto materiale, nascono le tre idee distinte di peccato, di vizio, di delitto. Se fosse altrimenti, unificati nell' oggetto come lo sono nel soggetto, quei tre enti ideali si confonderebbero in uno.

§. 40.

L' uomo che delinque è il *soggetto attivo primario* del delitto. Gli strumenti dei quali si serve ne sono un *soggetto attivo secondario*. L' uomo o la cosa su cui cadono gli atti materiali dal colpevole al pravo fine indirizzati, sono il *soggetto passivo* del delitto. Il diritto astratto che si viola è l' unico e vero *oggetto* del delitto.

§. 41.

Soggetto attivo primario del delitto non può essere che l' *uomo:* perchè al delitto è essenziale la genesi da una volontà intelligente, la quale non è che nell' uomo. Ed ogni uomo in punto astratto di ragione può essere *soggetto attivo* di delitto; quantunque la sua posizione (1) possa essere di ostacolo alla sua attuale persecuzione.

(1) A questa generalità non contradice la pratica per la quale certe persone si sottraggono alla persecuzione penale.

Digitized by Google

Il Principe è inviolabile e non può essere processato quando anche commetta omicidio, per un riguardo al compatto sociale che si sciorrebbe ed all' anarchia e disordine in cui tutta la consociazione verrebbe gettata per una tale procedura. Dei delitti degli ambasciatori non si giudica criminalmente coi modi ordinari per un rispetto alle relazioni internazionali ed alla loro rappresentanza (Bonfils *Competence pag.* 354) ma pure quando si dimanda se il Principe e l' ambasciatore delinqua bisogna rispondere affermativamente, perchè un impedimento a punire non vale mai a distruggere la nozione del delitto nè a far cessare la sua esistenza quando ne ricorrono gli estremi. Altro è dire che un uomo non può o non deve punirsi, altro è dire che non commette delitto. La *punibilità del fatto* nessuno la pone come elemento della definizione del reato.

§. 42.

Oggetto del delitto non può essere che *un diritto;* al quale la *legge* abbia espressamente accordata la sua tutela col divieto e con la sanzione. Così legge protettrice e diritto protetto si compenetrano a formare la *idea*, che sta come oggetto all' *ente giuridico* chiamato malefizio, reato, crimine, delitto; non perchè offende l' uomo e la cosa, ma perchè viola la legge. Tuttociò che serve di stromento materiale o attivamente o passivamente alla violazione, è il *soggetto*, o attivo o passivo della violazione medesima (1).

(1) Questa nomenclatura, sebbene a taluno dispiaccia, è la unica che serva ai bisogni della scienza, e si presti ad esprimere con esattezza i singoli casi. La medesima si costruì dal Carmignani dopo avere osservato come l' abuso

Digitized by Google

delle parole *obiettività* e *subiettività* fosse stato cagione alle scienze di confusione grandissima; e la si adotta dai criminalisti contemporanei che si pregiano di essere esatti: come, per esempio, da Ortolan.

§. 43.

Rettificate coteste nozioni, e distinta la obiettività materiale dell'*azione* dalla obiettività *ideale* dell' *ente giuridico* risultante dal *rapporto* tra l' azione e la legge, si evita una mano di difficoltà.

§. 44.

Pretendendo trovare l' *oggetto* del *delitto* nella *cosa* su cui cade l' azione, dove si brancola egli quando l' azione consista nell' *uso* di cosa *propria*, come nella fabbricazione di grimaldelli o false monete, nella bestemmia reale?

§. 45.

Pretendendo trovarlo nella *persona* su cui cade l' azione, dove si brancola quando l' azione cade sul condelinquente? Nell' incesto, a modo di esempio, chi fra l' uomo e la donna sarebbe il soggetto; chi l' oggetto di tale delitto? Il delitto risultante dal concorso dei due agenti alla violazione della legge è *uno*, e non può avere dualità alternante di oggetto. E d' altronde se nella *legge* o *diritto* attaccato non trovasi l' *oggetto* dei delitti; questa legge e diritto, nella cui offesa sta la *essenzialità* del malefizio, qual figura vi rappresenterà essa?

Digitized by Google

§. 46.

Questi imbarazzi si evitano riportando nel *soggetto* del delitto tuttociò che è materiale, e che completa l' *azione* cui osta la legge. Così naturalmente si comprende perchè *dove non è legge promulgata* non possa concepirsi malefizio; ciò è perchè al malefizio mancherebbe l' *oggetto*. E si comprende perchè debba ammettersi la nozione di *delitto* anche là dove il *soggetto passivo* non è *senziente;* e dove, se è senziente, non è *intelligente;* e dove è senziente ed intelligente, ma *consenziente*.

§. 47.

È *non senziente* il cadavere. Eppure nelle offese contro i cadaveri (1) può ravvisarsi delitto perchè si offende la legge che li tutela, per un riguardo o alle famiglie, o alla religione, o alla morale, o alla salute pubblica. I cadaveri sono *cose*. Ma anche sulle *cose* può cadere delitto quando esistano fra loro ed uomini vivi tali rapporti che generino in questi un diritto; come senza dubbio è un diritto di tutti i cittadini che non infettisi l' aria, o che non si infami *malignamente* (2) la memoria dei loro congiunti.

(1) Qui ponesi il dubbio circa la offesa recata al *corpo stesso* dell' estinto o al suo *nome*. Caso ben distinto dal *guasto di monumenti*, o dal *furto* di gemme o vesti sepolte con l' estinto.

(2) Il requisito della *malignità* nella ingiuria è il criterio che concilia la teoria della imputabilità delle ingiurie ai morti,

Digitized by Google

sostenuta da Dupin, con la libertà della storia, all' ombra della quale Coquille, Fontecte, ed altri, vollero declinare in senso assoluto la possibile criminalità di quanto dicasi di ingiurioso contro un trapassato. Vedasi Paillart *les franchises de l' historien* e i citati al §. 1816 nota.

§. 48.

Sono *non intelligenti* il feto nell' alvo materno, l' infante, il demente, il dormiente. Eppure sono abili a formare soggetto passivo di reato, perchè forniti di diritti che la legge difende, sebbene non si conosca o il diritto da chi lo possede, o l' offesa da chi la riceve (1).

(1) Incontrasi qui la questione (svolta da Lucas *système pénal pag.* 5 e da Tissot *Droit pénal vol.* 1, *pag.* 15) se possano essere *soggetti passivi* di delitto gli animali per quelle crudeltà che contro loro si esercitino da chi ne è proprietario.

§. 49.

Sono *consenzienti* quelli che all'azione materiale esercitata sovra di loro concorsero con libera volontà, ed anche con atti; come il suicida, e il soldato che si mutila per evadere il servizio (1). Eppure perchè il diritto offeso è inalienabile per parte di chi lo possiede, e la legge lo tutela pel mantenimento dell' ordine, anche a dispetto di lui, il consenso del *soggetto passivo* non distrugge la nozione del reato: sicchè rimane obiettabile nel primo caso al partecipe del suicidio; come nel secondo caso al mutilato e al mutilatore. Al reato rimane l' *oggetto* nel diritto offeso, benchè si abbia nella istessa

Digitized by Google

persona l' agente e il paziente; come resta sempre l' oggetto al peccato anche quando non violi i rapporti dell' uomo con le altre creature, perchè si commetta tutto in sè stesso dal peccatore. È così nitido il nostro concetto che non sa comprendersi la tenacità di alcuni a voler dire che la cosa rubata e l' uomo ucciso sono l' *oggetto* del delitto; il quale è un ente *ideale*, come lo sono tutti quelli che consistono in un mero *rapporto*. Usando la contraria locuzione si costruisce l' ente completo (delitto) senza l' intervento della legge; lo che è assurdo.

(1) Questi due casi si reggono da diversi principj. Il caso del soldato che si mutila per non servire trova ragione della sua incriminazione nei *diritti* che hanno gli altri cittadini al suo servizio, e che egli viola mutilandosi: Puttmann *diss. de murcis.* Il caso del complice di un suicida trova la base della sua incriminazione nella *inalienabilità* del diritto alla vita. Vedasi Pillwitz *diss. de animi ad authochiriam persuasione ejusque poena, cap.* 2. — Baumhauer *diss. de morte voluntaria.*

§. 50.

I delitti si dividono in *formali* e *materiali*. Quelli si consumano con una semplice *azione* dell' uomo; la quale basta senz' altro a violare la legge. Questi per essere consumati hanno bisogno di un dato *evento*, nel quale soltanto si ravvisa la infrazione della legge. Cotesta distinzione richiama l' altra fra *danno potenziale* e *danno effettivo*, di cui diremo in seguito; ed è importante nella teoria del *conato*.

Digitized by Google

§. 51.

Si dividono ancora i delitti in delitti di *fatto permanente;* e sono quelli che lasciano una traccia dietro di loro; e delitti di *fatto transeunte;* e sono quelli che non lasciano vestigio di sè. E si dividono pure in *flagranti, non flagranti,* e *quasi flagranti;* secondochè il colpevole vien sorpreso sul fatto, o no: o viene inseguito dal clamor pubblico; l' *huc fugit* che in Roma faceva luogo alla *quiritatio* così detta per la formula *adeste quirites.* Queste distinzioni sono utili nella teoria della *procedura* (1) e della *prova.*

(1) Non tengo alcun conto della troppo celebre distinzione fra *misfatti* e *delitti* perchè questa superfetazione che anche in pratica genera più confusione che benefizio, non può trovare a parer mio un *criterio positivo* scientifico che valga a tracciarne le linee. Il desiderio che i reati potessero distinguersi in due classi secondochè sono più o meno odiosi ed abominati nella pubblica opinione, è in sè lodevole e buono: ma la difficoltà consiste nel trovare una formula netta che costantemente risponda a questo effato della coscienza universale. Vedasi la nota al §. 1080 seconda edizione.

§. 52.

Si distinguono ancora in *comuni* e *proprii*, secondo che possono commettersi da qualunque uomo; o soltanto da chi è collocato in una certa condizione. Vogliono pure in certi casi esser divisi in *semplici* (o *individui)* quando la indole criminosa nasce da una sola

Digitized by Google

azione; e *collettivi*, quando la criminosità non ne sorge se non al seguito di azioni ripetute che costituiscano l'*abitualità*, come è la *usura* secondo alcune legislazioni. Queste due distinzioni sono puramente *nozionali*. Nella teoria della *complicità* e della *continuazione* è importante la divisione dei delitti in *istantanei* e *successivi*, come è il *sequestro di persone*. E finalmente per lo studio della *quantità* dei delitti giova distinguerli in *semplici* e *complessi*. Nel qual contrapposto si dicono *semplici* quelli che ledono *un solo* diritto: e *complessi* (1) quelli che violano più di un diritto; o per mera concomitanza, come se un' arma esplosa contro uno ferisce anche altri; o per connessione di mezzo a fine. Il delitto *complesso* non deve però confondersi col delitto *simultaneo*, il quale suppone diversità di *fini* e di *atti* (§. 168) quantunque contemporanei.

(1) Diversa è la nozione che al delitto complesso volle applicare Brun de Villeret (*traité de la prescription pag.* 139) insegnando doversi dire delitto complesso quello che ha bisogno di una serie prolungata di atti onde essere consumato. Ma non credo nè accettabile nè utile questo concetto, e mi attengo alla più comune dottrina. Il bisogno di una serie prolungata di atti è in molti reati una accidentalità della *forma* prescelta dal colpevole, la quale ordinariamente non influisce nè sul *titolo* nè sulla quantità del delitto.

Digitized by Google

CAPITOLO III.

Delle forze *del delitto.*

§. 53.

Abbiamo veduto che il delitto non è un semplice *fatto*. È un *ente giuridico* alla essenza del quale, che tutta sta in un *rapporto*, occorre il concorso di quelli elementi dai quali risultando l' *urto* del fatto con la legge civile se ne costituisca la *criminosità* dell' azione.

§. 54.

Perciò nel delitto è necessario trovare il concorso di due forze. Queste due forze che ne costituiscono la essenza politica sono ambedue indispensabili perchè un fatto dell' uomo possa a lui rimproverarsi come delitto. Forza *morale:* forza *fisica*. Le due forze che la natura ha dato all' uomo, e lo insieme delle quali costituisce la sua personalità, devono concorrere in un fatto perchè sia *atto umano* e possa dirsi delitto.

§. 55.

Ambedue queste forze debbono guardarsi o nella loro *causa*, ossia *soggettivamente;* o nel loro *risultato*, ossia *oggettivamente*.

§. 56.

La forza *morale soggettiva* del delitto consiste nella *volontà intelligente* dell' uomo che agì. Perciò dicesi

Digitized by Google

forza *interna*, forza *attiva*. Il suo *risultamento morale* (o la forza morale del delitto guardata *oggettivamente*) è la intimidazione e il malo esempio che il delitto cagiona nei cittadini, ossia il *danno morale* del delitto.

§. 57.

La forza *fisica soggettiva* del delitto si rappresenta dal *moto* del *corpo* con cui l' agente eseguisce il pravo disegno. Perciò dicesi forza *esterna*; e, rimpetto alla forza derivante dall' animo, forza *passiva*. Il suo *risultato*: (ossia la forza fisica del delitto guardata *oggettivamente*) è la offesa del diritto attaccato; o, come alcuni dicono (vedi nota a §. 102) il *danno materiale* del delitto.

§. 58.

Dalla forza interna sorge nel delitto l' *elemento morale*: dalla esterna l' elemento *materiale*, o la sua *essenza di fatto*: dalla interna congiunta alla esterna l' *elemento politico*. Se l' azione dell' uomo non presenta congiuntamente e l' indole morale e l' indole politica, non può l' autorità perseguitarla come delitto.

Articolo I.

Della forza morale.

§. 59.

La *forza morale* del delitto cercata nella propria *causa* (ossia la sua forza morale *soggettiva*) è ciò che

Digitized by Google

costituisce la *moralità* dell' *azione*. Questa non si ottiene se non pel concorso di quattro requisiti che abbiano accompagnato la operazione interna, al seguito della quale l' uomo procedette alla operazione esterna. Tali condizioni sono — 1.° *cognizione della legge* (1) — 2.° *previsione degli effetti* — 3.° *libertà di eleggere* — 4.° *volontà di agire*.

(1) Cioè della legge in genere che vieta l' atto; non delle speciali determinazioni repressive, come bene avverte Carmignani.

§. 60.

I primi due requisiti per la legge umana basta talvolta che esistano *potenzialmente:* gli ultimi due devono esistere anche *attualmente*.

§. 61.

I primi due requisiti si riassumono nella formula *concorso di intelletto:* infatti tra gli effetti previsti o prevedibili dall' agente come conseguenza della propria azione rientra anche quello della violazione della legge.

§. 62.

Gli ultimi due si riassumono nella formula, *concorso di volontà;* perchè la libertà è un attributo indispensabile della volontà: cosicchè questa non può esistere senza di quella, nel modo stesso che non può essere materia senza gravità.

Digitized by Google

§. 63.

Dal concorso dell' *intelletto* e della *volontà* sorge la *intenzione*. La quale si definisce in genere — *uno sforzo della volontà verso un certo fine* — e in specie — *uno sforzo della volontà verso il delitto*.

§. 64.

La intenzione può essere *perfetta*, e *imperfetta*. È *perfetta* quando lo intelletto e la volontà sono nella loro *attuale pienezza*. È *imperfetta* quando una causa qualunque diminnisce (sia in abito, sia anche soltanto in atto) o la potenza intellettiva, o la spontaneità volitiva dell' agente.

§. 65.

Se l' intelletto, o la volontà, od ambedue, mancarono del tutto all' agente, non vi è intenzione, e non vi è per conseguenza imputabilità. Se o l' uno o l' altra, od ambedue furono soltanto minorati, vi resta una intenzione, ma *imperfetta*: vi resta imputabilità, ma minorata.

§. 66.

La intenzione distinguesi ancora in *diretta*, e *indiretta*. Il criterio di questa distinzione per gli usi della scienza non vuol essere tanto desunto dai *mezzi*, quanto dallo *stato dell' animo*. È *diretta* la intenzione quando l' effetto reo si *previde* dall' agente e si *volle* calco-

Digitized by Google

landolo come conseguenza dei propri atti, i quali si eseguirono precisamente al fine di procacciare in un modo più o meno certo cotesta conseguenza. È *indiretta* quando l' effetto era soltanto una conseguenza *possibile* dei proprii atti o niente *preveduta*, o *preveduta* senza *volerla*. Se questo effetto si *previde*, e malgrado tale previsione si vollero i mezzi, sebbene non si *volesse* precisamente l' effetto, la intenzione indiretta dicesi *positiva:* perchè se la volontà era in stato indifferente, fu però in stato *positivo* l' intelletto. Se poi l' effetto possibile non solo non si *volle*, ma neppure si *previde*, la intenzione indiretta dicesi *negativa:* perchè fu in stato *negativo* così l' intelletto come la volontà (1).

(1) Vedasi la mia *lezione sul dolo*, e l'Haus *cours de droit criminel ed.* 1861 *pag.* 79.

§. 67.

Che se l' agente *previde* e *volle* il fine; ma si servì di mezzi, il risultato dei quali era meramente *possibile*, calcolando ne conseguisse l' effetto che realmente ne conseguì, la *intenzione* non è *indiretta*, ma veramente *diretta*. Indiretti sono i *mezzi*, non la *intenzione:* e male si confonde dal Desimoni la indirezione degli uni con la indirezione dell' altra. Questo errore nacque dal confondere il rapporto *ontologico* col rapporto *ideologico del mezzo al fine*, dimenticando che i diversi caratteri della intenzione dipendono unicamente dallo stato interno dell' animo.

Digitized by Google

§. 68.

La intenzione diretta e la indiretta positiva fanno sorgere il *dolo*. La intenzione indiretta negativa fa sorgere la *colpa* o il *caso*, secondo il criterio della prevedibilità.

§. 69.

Il *dolo* si definisce — *la intenzione più o meno perfetta di fare un atto che si conosce contrario alla legge*. È chiaro che questa definizione non pone l' *animus nocendi* come criterio essenziale e costante del dolo. Si disputò intorno a ciò: ma coloro che richiesero l' *animus nocendi* come perpetua condizione del dolo non videro qual fosse la vera oggettività giuridica del delitto, e scambiarono il danno *particolare* col danno *universale*. Nei delitti diretti contro l' individuo l' animo di nuocere (ossia di ledere il diritto) potrà essere una necessità per ritenere il dolo. Ma nei delitti che direttamente offendono la società l' animo di nuocere all' individuo può essere spesso indifferente, perchè la determinazione di violare la legge compenetra in sè stessa la idea del nocumento sociale. In una parola la mancanza dell' *animus nocendi* allora soltanto può escludere il dolo quando si converta nella ragionata opinione di *non violare la legge* (1).

(1) Errò Carmignani quando, seguendo le orme di Puffendorf *(in tract. de culpa)* pose come condizione del *dolo* (che è un atto tutto *interno)* l' azione esteriore; e confuse la nozione del *delitto* con quella del *dolo*. Sta benissimo che il dolo come condizione tutta interna non possa mai affermarsi da un uomo nell' altro uomo se non ebbe

Digitized by Google

una manifestazione esteriore: sta pur bene che non dovendo confondersi la nuda *cogitatio* con la *determinazione* della volontà, il dolo che è soltanto in questa non divenga punibile (ossia non divenga delitto) finchè non ha dato impulso ad atti esteriori. Ma quando si studia il dolo non si cerca nè il momento in cui possa conoscersi, nè il momento in cui possa punirsi: si cerca *cosa sia*. Errò eziandio Carmignani quando pose il dolo nella intenzione di *violare* la legge. Ma errano del pari coloro che nel *dolo* ravvisano un mero atto di *coscienza*. Questo errore si dimostra lucidamente cercando quale fra le diverse facoltà dell' anima sia quella che all' uomo è imputabile. Tre sono le facoltà psicologiche dell' uomo — 1.ª *sensibilità* — 2.ª *intelligenza* — 3.ª *attività* — 1.° Dalla *sensibilità* nascono i *sentimenti* di piacere o di dolore; e di qui gli *appetiti* che quando esercitano forte pressione sull' anima divengono *passioni*. La *sensibilità* è l' agente provocatore delle nostre azioni e delle nostre inazioni; e svolgesi nei tre fenomeni, sensazione, sentimento, e passione. Ma la sensibilità non essendo nè illuminata nè libera, non può entrare negli elementi della imputabilità. — 2.° La *intelligenza* si svolge nei tre fenomeni della *percezione*, della *reminiscenza*, e del *giudizio*, che è atto di pura ragione. Ma anche qui non può trovarsi la base della imputabilità; perchè il non percepire, il non ricordare, e lo errare nel ragionamento non sempre sono imputabili all' uomo. — 3.° L' *attività* è la facoltà di determinarsi ad una azione, o ad una inazione. Sua condizione essenziale è la *libertà*. La volontà come *potenza di volere* è un identico colla libertà. La volontà come *fatto di aver voluto* non è più una potenza, ma l' esercizio della potenza. Ora quando un' azione si imputa all' uomo, gli si imputa perchè si determinò alla medesima esercitando la sua *attività psicologica*. Dunque la imputabilità cade sull' attività, e non sulla sensibilità o sulla intelligenza. Dunque il *dolo* deve definirsi come un *atto della volontà*: deve trovarsi nella *intenzione*.

Digitized by Google

§. 70.

Il dolo distinguesi in due *specie: dolo determinato* (ed è quello che si costituisce dalla intenzione *diretta)* dolo *indeterminato* (ed è quello che si ravvisa nella intenzione indiretta *positiva)* che ad alcuni piacque chiamare intenzione *alternativa* (1).

(1) Dissertarono specialmente sul dolo: Bichon *de dolo in delictis* — Audent *de voluntate in criminibus* — Robert *de voluntate deficiente in delictis* — Vaillant *de libera voluntate ad delictum contrahendum necessaria* — Schaffrath *doli descriptio* — D'Anethan *de meditato delicto* — Mittermaier *dell' idea e dei caratteri del dolo malo* (nelli *scritti germanici* del Mori *vol.* 1, *pag.* 31) Wening *della presunzione del dolo malo* (nei citati *scritti tom.* 1, *pag.* 45) — Mittermaier *del dolo generale (scritti germ. tom.* 3, *pag.* 1)

§. 71.

Queste due specie costituiscono due diversi gradi del dolo, considerata la sua gravità sotto il rapporto della *certezza* nella *determinazione.*

§. 72.

Sotto il rapporto della sua intrinseca *forza*, cioè della maggiore o minore *energìa* della *determinazione*, il dolo distinguesi in quattro gradi, secondo il

Digitized by Google

combinato criterio di *durata* e di *spontaneità* nella determinazione criminosa (1).

(1) Acutamente l'Eisenhart (*de criminis sociis* §. 4) definì il criterio del *grado* nel dolo con la formula — che tanto più grave è il dolo quanto più era *vincibile* l'impulso malvagio. Tale osservazione non è che lo svolgimento della sentenza di Wolfio (*philosophia practica* §. 606 *et seqq.*) che la irrettitudine del dolo sta nella vincibilità della volontà, e la irrettitudine della colpa nella vincibilità dello intelletto. E poichè i criterii misuratori hanno sempre la loro genesi nei criterii essenziali, questa formula coincide con la nostra graduazione; perchè la *vincibilità* dell'impulso sta in ragione diretta del tempo concesso alla riflessione, e in ragione inversa della *energìa* della passione. L'uomo è responsabile della sua determinazione, perchè Dio armò del presidio della ragione la sua attività psicologica. Ma la ragione ha nella propria essenza la condizione di essere *tarda* e *fredda*. Quando pertanto ricorre la mancanza di *calma* e di *intervallo*, si può sempre delinquere, perchè vi è una *volontà*. Ma è una volontà *meno armata*. Dunque il dolo in questi casi ha una intensità minore: e il delitto presenta una forza morale soggettiva minore: alla quale minor forza soggettiva corrisponde, come effetto a causa, una minor forza morale oggettiva. Male dunque e senza ragione sufficiente in alcune scuole si respinge qualunque gradazione di dolo.

§. 73.

Il primo grado, che è il sommo, si ha nella *premeditazione;* nella quale concorre la freddezza del calcolo e la perseveranza nel malvagio volere mercè l'intervallo passato tra il determinare e l'agire.

Digitized by Google

§. 74.

Il secondo grado si ha nella semplice *deliberazione;* nella quale ricorre la perseveranza del malvagio volere, non la freddezza dell' animo.

§. 75.

Il terzo grado si ha nella *improvvisa risoluzione;* nella quale ricorre la freddezza dell' animo ma non la perseveranza nel reo proposito.

§. 76.

Il quarto grado si ha nel predominio ed urto istantaneo *di cieca passione;* ove non ricorre nè la calma dello spirito, nè l' intervallo fra la determinazione e l' azione (1).

(1) Si ha pure nella esilarazione della mente per bevande spiritose: D' Anethan *de meditato delicto pag.* 42. Bisogna però avvertire che la ebrietà o la passione non sono il dolo degradato, ma la causa per cui il dolo si degrada.

§. 77.

I primi due gradi si riuniscono nel linguaggio pratico sotto la formula *dolo di proposito:* gli ultimi due sotto la formula *dolo d' impeto.* Ma nell' applicazione del grado della respettiva imputazione è necessario

Digitized by Google

suddividere, come sopra, ciascuna di queste due formule; onde alla diversità di condizioni ontologiche e morali, che è propria di ciascun grado, risponda una diversità nelle condizioni giuridiche. Il dolo di *proposito* si costituisce dei due elementi *intervallo* e *risoluzione*. L'*intervallo* fra la determinazione e l'azione non può essere di brevi momenti: nulla vi è per altro di stabilito circa la sua *durata*, e più che dal tempo si deve desumere dagli *atti estranei* interceduti (§. 1121 e segg.) Quando l'intervallo sarà breve, il delitto potrà essere *predisposto*, ma non mai *premeditato*. La *risoluzione* non deve confondersi col *desiderio* e con la passione (per esempio l'odio) che fu *causa* della risoluzione: nè deve scambiarsi con una idea tuttora incerta che agiti l'anima (1). Deve rappresentarsi dal futuro dell'indicativo.

(1) Ottimamente svolge questa nozione Niccolini *questioni di diritto pag.* 575 *ediz. liv.*

§. 78.

Quando l'uomo che diede opera ad un fatto di cui fu conseguente la offesa alla legge, non *volle* nè *previde* quella conseguenza ma previde e volle soltanto l'antecedente, non si ha più dolo rispetto al conseguente.

Digitized by Google

§. 79.

Se il conseguente non previsto nè voluto era *prevedibile* si ha la *colpa* (1): se non era neppur *prevedibile* dall' agente si ha il *caso*.

(1) Trattarono specialmente della colpa Puffendorf *de culpa* — Elvers *de culpa* — Gaertner *finium culpae in jure criminali* — Wehrn *doctrina juris de culpa et dolo* — Kleinschrod *essenza e punizione dei delitti colposi* (negli *Scritti Germanici* raccolti dal Mori *tom.* 1, *pag.* 81) — Winssinger *de differentia inter delicta dolosa et culposa:* al quale (a *pag.* 68) parve dover distinguere eziandio la colpa in *colpa di proposito* e *colpa d'impeto*, confondendo però lo *improvviso* con l' *impeto*.

§. 80.

La *colpa* si definisce — *la volontaria omissione di diligenza nel calcolare le conseguenze possibili e prevedibili del proprio fatto.*

§. 81.

Dicesi *omissione volontaria* perchè sebbene nei fatti colposi si abbia un vizio dell' *intelletto*, che non previde le conseguenze dannose di un fatto, pure nella sua genesi questo vizio di *intelletto* risale alla *volontà* dell' agente; perchè per un vizio di *volontà* ei non adoperò la riflessione con cui poteva illuminarsi, e conoscere tali conseguenze sinistre. Se la colpa fosse

Digitized by Google

mero vizio di *intelletto*, essa per logica necessità non sarebbe imputabile nè moralmente, nè politicamente. Lo è appunto perchè la negligenza ebbe causa nella volontà dell' uomo. Da quel falso concetto nacquero i dubbi di Almendingen *(de imputatione juridica)* e di altri che negarono la imputabilità della colpa: e nacque la formula empirica che la colpa si imputi soltanto *per eccezione.*

§. 82.

Gli atti colposi non devono però identificarsi con gli atti *negativi.* Nei delitti di omissione il corpo è *inattivo*, ma l' animo è *attivo:* perchè per un fine a cui tende, impera la inoperosità al corpo. Nei fatti colposi il corpo può essere *attivo*, perchè faccia quegli atti da cui nasce l' effetto dannoso, ma l' animo è sempre *inattivo*, perchè non spinge il suo calcolo alla previsione di tali effetti.

§. 83.

Dicesi *conseguenze prevedibili*, perchè la essenza della colpa sta tutta nella *prevedibilità.*

§. 84.

Il *non aver previsto* la conseguenza offensiva sconfina la *colpa* dal *dolo.* Il *non averla potuta prevedere* sconfina il *caso* dalla *colpa.*

Digitized by Google

§. 85.

Perciò il *caso* non è imputabile: perchè posto ancora che vi fosse precipitanza nell' agire, non può rimproverarsi la omissione di una diligenza, il cui uso (stante l'assoluta impotenza dell' intelletto) sarebbe riescito inane a prevedere gli effetti che ne seguirono. Su ciò è da notarsi che la prevedibilità senza *potenza di prevenire* equivale alla non prevedibilità quando l' uomo è nella *necessità di agire*.

§. 86.

Nella esattezza del linguaggio il nome di *delitto* si riserba ai soli fatti *dolosi*. Ai fatti *colposi* applicarono i pratici il titolo di *quasi-delitti;* che però dai giureconsulti romani adoperavasi ad esprimere tutt' altro concetto (1).

(1) Vedasi Bergero *disputationes disput.* 6 — Lussaud *des délits et quasi délits pag.* 86 — Sijbouts *de delictis et quasi delictis sect.* 2.

§. 87.

Se la essenza della colpa sta nella *prevedibilità* dell' effetto sinistro, non voluto però nè previsto dall' agente, bisogna inferirne che il criterio con cui si calcola il grado della colpa (e così la misura della sua imputazione) deve desumersi, non dalla maggiore o minore *possibilità* dell' effetto dannoso, ma dalla maggiore o minore *prevedibilità* di cotesto effetto.

Digitized by Google

§. 88.

Su questa norma della prevedibilità si regola la divisione della colpa in *lata, leve, levissima.* È *lata* quando l' evento sinistro si sarebbe potuto prevedere da *tutti* gli uomini. È *leve* quando sarìasi potuto prevedere soltanto dagli uomini *diligenti.* È *levissima* quando si sarebbe potuto prevedere soltanto mercè l' uso di una diligenza *straordinaria* e *non comune* (1).

(1) Il codice Spagnuolo del 1848 distinse i casi di colpa in *imprudenza semplice* e *imprudenza temeraria* all' art. 480, ove meritano di essere veduti i commenti di Pacheco.

§. 89.

Ora siccome la legge umana non può mai spingere le sue esigenze fino ad imporre ai cittadini cose insolite e straordinarie; così è indubitato che la colpa *levissima* non è imputabile per principio di giustizia (1). Non lo è poi anche per principio di politica; perchè nella omissione di una *straordinaria* diligenza non ricorre l' elemento della forza morale oggettiva, non potendo i cittadini intimidirsi se altri non usa quelle precauzioni che dalla comune di loro non si usa, e che ciascuno sente che non adoprerebbe in simigliante caso egli stesso.

(1) Ciò dimostrò benissimo il Barbacovi nella sua dissertazione *de mensura poenarum pag.* 85, ove revoca in

Digitized by Google

dubbio eziandio il diritto alla refettibilità del danno civile nei casi di colpa levissima. Sulla non imputabilità assoluta della colpa levissima si veda *Parte Speciale del Programma* §. 1097.

§. 90.

E se la colpa levissima non è per giustizia imputabile, ne consegue che quella triplice distinzione delle colpe è impreteribile nel diritto penale; e che una legislazione (1) che la ometta viola la giustizia: perchè col ferire indistintamente tutte le colpe viene a punire anche la negligenza levissima; e così ad imporre ai cittadini l' obbligo di una diligenza straordinaria che razionalmente non si può esigere da loro.

(1) Così il codice Toscano imputa e punisce qualsiasi leggerissima colpa *al pari* della colpa la più sciagurata.

§. 91.

Tanto nei fatti dolosi quanto nei fatti colposi si riscontra così soggettivamente come oggettivamente la forza morale del delitto, come altrove (§. 126) diremo.

ARTICOLO II.

Della forza fisica

§. 92.

La legge di natura non costituì l' uomo vindice delle violazioni della legge morale, se non in quanto il tur-

Digitized by Google

bamento dell' ordine esterno abbisogna di una sanzione pronta e sensibile. Perchè dunque l' autorità civile eserciti legittimamente il diritto di repressione sugli atti umani, bisogna che questi atti presentino la capacità di turbare l' ordine esterno; ossia di violare i diritti degli altri uomini.

§. 93.

Ma tale capacità non offrono gli atti umani se non in quanto al malvagio disegno abbia tenuto dietro un moto corporeo, ossia un fatto *esterno:* coi soli atti *interni* non si può turbare l' ordine esterno.

§. 94.

Perciò negli atti meramente interni si può ravvisare *vizio* o *peccato*, secondo che si guardano nei loro rapporti con la sola legge morale o religiosa; ma non può ravvisarvisi *delitto*. All' ente giuridico che si chiama delitto, è dunque necessario un secondo elemento, ed una seconda *forza*, che dicesi forza *fisica*.

§. 95.

La forza *fisica* del delitto guardata nella *causa*, o soggettivamente, ha dunque il suo elemento nell' atto corporeo: essa nasce dal *moto* che l' animo imprime alle membra per farle, secondo il suo pravo disegno, servire alla esecuzione del fatto reo. Laonde questa dicesi anche forza *esterna*, perchè si mostra agli occhi

Digitized by Google

altrui; e forza *passiva*, perchè il corpo passivamente obbedisce all' impero della volontà.

§. 96.

La forza *fisica* del delitto guardata nel suo *risultato*, o oggettivamente, consiste nel *danno* recato altrui con l' azione. Questo danno può essere *effettivo*, e *potenziale*. Effettivo quando è *realmente* avvenuta la *perdita del bene* attaccato. Potenziale quando, sebbene non sia del tutto avvenuta, è nel risultato dell' atto esterno la *potenza* a recarla; e ne è avvenuta però completa la violazione di un diritto.

§. 97.

Il *danno potenziale* è dunque una cosa distinta dal *pericolo*. E il *pericolo* è esso pure di due specie. Altro è il *pericolo appreso*, il quale non ha mai presentato uno *stato di fatto* che rendesse *imminente* la violazione del diritto: per esempio le male qualità e tendenze di un uomo. Altro è il *pericolo corso*, il quale nasce da uno *stato di fatto* che ha ad un dato momento reso *imminente* quella violazione. Il pericolo *appreso* non dà mai ragione di incriminare (1) e cade soltanto sotto le misure di buon governo. Il pericolo *corso* è la base della imputazione del *tentativo*, come a suo luogo (§. 352) vedremo. Il danno potenziale può anche far sorgere la nozione del delitto *consumato*. Quei delitti nei quali il danno potenziale basta alla loro consumazione sono tutti delitti *formali*, appunto perchè

Digitized by Google

nella semplice *azione* del delinquente, sebbene non susseguita dall' *effetto* che egli voleva ottenere, si configura una *violazione* già avvenuta del *diritto*, e così la *perfetta* infrazione della legge. Ove è mero *pericolo*, il diritto non è anche *violato*, ma soltanto *minacciato*.

(1) Jonge *de delictis vol.* 2, *pag.* 266 — *nemo propter* periculum in futurum *puniri potest: sed tantum propter* periculum ortum *ex ejus facto, quod vel civibus, vel eorum rebus, vel reipublicae imminet; dummodo noxii voluntati tribuendum sit.*

§. 98.

Nel delitto *formale* si ha danno *effettivo* in quanto è offeso il diritto *astratto;* e danno meramente *potenziale* in quanto al diritto *concreto*, ossia al godimento del bene *materiale* che voleva togliersi. L' *azione* è incompleta nei suoi rapporti con la propria *oggettività materiale*, perchè l' agente può non avere conseguito il bene cui tendeva: ma è completo il *delitto* nei rapporti con la propria *oggettività ideale*, cioè il diritto astratto violato. Questa distinzione bisogna dunque intenderla sempre referendo la *potenzialità* al bene materiale minacciato; poichè nel rapporto del diritto *astratto* anche il danno *potenziale* ha sempre in sè la *effettività* della lesione. Così chi ingiuria può non aver tolto l' onore all' oltraggiato, perchè nessuno abbia creduto all' ingiuria; e così il danno nel rapporto al bene materiale è rimasto in sola potenza: ma pure il delitto è completo, perchè con la espressione ingiuriosa avente potenzialità di togliere l' onore, si è avverata la *effettiva* violazione del diritto.

Digitized by Google

§. 99.

Il delitto *materiale* al contrario esige sempre alla sua consumazione la *reale* privazione del bene a cui il *diritto* attaccato si riferisce. Così deve essere *effettiva* tanto la violazione del diritto *astratto*, quanto il toglimento del bene *concreto*.

§. 100.

Neppure dunque tutti gli atti esterni procedenti da rea intenzione, possono essere elevati a delitto; ma quelli solo che *hanno nociuto*, o che avevano l' *attitudine a nuocere* ai diritti altrui; o quelli che hanno nel loro svolgersi posto il diritto in *attuale* pericolo. Senza ciò l' atto esterno è civilmente innocente, per quanto possa essere riprovato dalla morale o dalla religione (1).

(1) La mancanza assoluta nella società di ogni giurisdizione a punire le sole offese alla morale, od a pesare sulla bilancia della morale i delitti, è riconosciuta anche dai giuristi teologi Bensa *summa juris naturalis ad errores modernos evincendos accommodata (Parisiis* 1855) §. 968. — *Societatis* jus *et* officium *est* externum solummodo ordinem *tueri, et actus illos* tantummodo *punire, qui ad socialem ordinem turbandum tendunt. Individualis vero honestatis nulla cura societati commissa est, praeter quam quae ad socialem ordinem pertinet. Idcirco obiectum juris humani est solum delictum proprie sumtum. Ergo societati nullum jus est puniendi crimina quae individuali tantum peccantis bono repugnant. Ergo* pu-

Digitized by Google

nitionis proportio *non ad* moràlem, *sed ad* civilem *delicti* malitiam *aptanda est.* — Insisto su questa verità per mostrare che non sono eterodossi coloro che, lottando contro una certa tendenza contemporanea, oppugnano le teorie di chi vorrebbe (§. 182) accattare dalla morale il criterio per misurare i delitti.

§. 101.

Di più dal principio che la società è armata del gius di punire pel solo fine del mantenimento dell' ordine *esterno*, si deduce che quando in un caso ove il principio di giustizia esigerebbe la repressione, avvenga che l' applicarla porti all' ordine turbamento maggiore che il non usarne, cessa nella società il diritto di esercitare una giustizia, che è esternamente dannosa.

§. 102.

Se adesso tornasi a considerare il delitto nella congiunzione di ambedue le sue forze, il *danno* dividesi in danno *immediato* o *diretto*, e danno *mediato* o *riflesso*, che dicesi anche da alcuni *danno morale* (1).

(1) Applico malvolentieri al danno *mediato* la denominazione di danno *morale;* perchè ciò, in ragione dell' antitesi, può ingenerare la idea che il danno *immediato* si debba dire danno *fisico;* il che sarebbe erroneo. Il danno *mediato* è senza dubbio sempre un danno *morale*, nel senso che esso consiste nell' effetto prodotto dal delitto sull' *animo* dei terzi. Ma non per questo il danno immediato può sempre dirsi *fisico* o *materiale*. Esso risulta dalla forza fisica, o materialità dell' azione criminosa: ma non sempre si estrin-

Digitized by Google

seca in un resultato *fisico*. Può anch' esso consistere in un mero risultato *morale*, come nella minaccia, nella ingiuria, nella bestemmia, e simili. Non è dunque esatto chiamare con Rossi il danno immediato *male materiale:* e può esser fonte di equivoco chiamare con altri *danno morale* il danno mediato.

§. 103.

Il danno *immediato* è quel *male sensibile* che il delitto reca col violare il diritto attaccato; sia che questo pertenga ad un individuo, o a più individui, od anche a tutti i membri dell' aggregazione, ed anche alla stessa aggregazione sociale guardata come persona di per sè stante. Perciò dicesi danno *diretto*, perchè consiste nella lesione del diritto colpito dall' *azione* criminosa direttamente.

§. 104.

Il danno *mediato* è quello che il delitto reca anche a tutti gli altri cittadini, che non furono dall' azione direttamente colpiti: perciò dicesi danno *riflesso;* perchè chi lo soffre ne è colpito per riflessione e come di rimbalzo.

§. 105.

L' uomo in società gode il patrimonio *naturale*, e di più gode un patrimonio che dicesi *politico*.

§. 106.

Il patrimonio *naturale* dell' uomo è il compendio di tutti i beni che *come individuo* gli pertengono: vita, sanità, libertà, averi, onore, diritti di famiglia.

Digitized by Google

§. 107.

Patrimonio *politico* dicesi quello che all'uomo spetta in quanto è *membro* di una civile società: la quale è costituita al solo fine di dare a lui i beni della *sicurezza*, e della *opinione della sicurezza* (1).

(1) La *sicurezza* e la *opinione della sicurezza* come *diritto* le dà la natura. Non transigo su ciò. Ma l'uomo che vive consociato senza protezione di governo ha la sicurezza precaria perchè affidata alle sole proprie forze, e così anche la opinione della sicurezza è in lui pallida e spesso difetta. La SOLA necessità dell'autorità sociale sta in questo; che crea la *protezione* del diritto. È per lei che la sicurezza e la opinione della sicurezza divengono *realtà* di fatto. L'uomo isolato ha diritto a vivere: *diritto naturale, patrimonio naturale*, perchè la società civile non vi aggiunge un atomo. L'uomo isolato ha pure diritto a far *sicuro* il suo diritto alla vita. Lo *jus defensionis* è un diritto naturale inerente a tutti i diritti così originarii come acquisiti. Ma lo *jus defensionis* perfetto nel suo essere ideale non sempre si gode sufficientemente dall'uomo isolato. Quantunque forte egli può essere soggiogato dal più forte, o per malattia o tradimento esser vinto. Anche il diritto di *sentirsi sicuro* (opinione della sicurezza) pertiene all'uomo isolato, ma quel vago sentimento della sua impotenza gliene minora il godimento. La società crea la *tutela*, e questa è la sua missione per legge di natura. *Unica* sua missione *assoluta*. Ecco perchè a lei si dà il merito di questo patrimonio: e si dice politico non perchè la città *lo dia*, ma perchè la città lo rende una verità di fatto realmente goduta dall'uomo. Ancor io penso che la legge di natura insieme col *diritto* dia all'uomo la coscienza della facoltà di *difendere* il *diritto*. Ancor io penso

Digitized by Google

che in questa duplice coscienza del diritto e della facoltà di difenderlo sia inerente la coscienza di esser sicuro. Ma come conseguisce l' uomo isolato questa coscienza di difesa e di sicurezza? Come una verità assoluta in quanto è potenza, come una credenza spesso delusa in quanto guardasi come realtà. Ancor io penso con Locke che la legge naturale attribuendo all' uomo anche lo *jus defensionis* non sia assurdo referire alla legge naturale lo *jus punitionis* come mezzo di *difesa diretta* al fine di distogliere l' offensore dal tornare all' offesa. È perciò che lo *jus punitionis* dalla legge naturale si è rivelato all' uomo col sentimento della *vendetta*, la quale ha due forme psicologiche: l' una di mera *passione* come effetto dello sdegno al male patito, ed è opera di *sentimento;* l' altra di atto di *calcolo* come mezzo di prevenire nuovi danni, ed è opera di *ragione*. E qui osservo che anche in società si hanno pronunziatissime in fatto queste due forme psicologiche della vendetta. Quando offendo il nemico per mero sdegno di un male recatomi, di cui non temo il rinnuovamento, esercito la vendetta come atto di mera passione brutale: quando io bastono il ladro che ho trovato a cogliermi i frutti del mio campo esercito la vendetta come atto di ragione — Ti voglio dare una lezione per cavarti la voglia di tornarci — Queste due forme pronunziatissime meriterebbero forse di essere avvertite anche nella pratica come criterio di una giusta proporzione nella imputazione dei delitti commessi per vendetta. Nella prima forma il delitto è barbaro e brutale: è un sentimento vizioso e riprovevole. Nella seconda forma quando non si eccedono i limiti della correzione vi è nell' agente una coscienza erronea di giustizia. Il delitto consiste nell' aver fatto di privata forza quello che doveva fare esclusivamente l' autorità sociale. E quando pure il male che il privato recò sia minore di quello che avrebbe recato l' autorità, vi è sempre delitto perchè si usurpano i poteri di questa: e l' abilità dei poteri di questa fa cessare la facoltà di esercitarli per parte del privato. Ecco dove sta il fondamento del moderame della

Digitized by Google

difesa, come dimostrai nella prolusione del 1859; prima pubblicazione del mio sistema. Ma torniamo a noi. Anche riconosciuta nella legge naturale la rivelazione del diritto di punire sotto la forma della vendetta ragionata, cotesto diritto non può la legge medesima averlo concesso come facoltà costantemente deducibile all' atto dall' uomo offeso: e ciò per le tre grandi ragioni 1.ª del turbamento del giudizio nell' uomo offeso; 2.ª del non riconoscimento del giudizio per parte dell' offensore; 3.ª della impotenza di eseguire il giudizio quando l' offensore prevalga di forze. Queste tre difficoltà rendevano impossibile l' esercizio dello *jus punitionis* per parte dell' individuo. Dunque necessaria l' autorità armata della pena per disposto della legge naturale. Ed ecco il patrimonio politico completato mercè il godimento reale della sicurezza, e della opinione della sicurezza. In questo patrimonio politico per tal guisa definito nel suo concetto ideale vengono ad appartenere tutti quegli ordinamenti ed istituzioni che tendono all' assodamento della società civile, ed al più facile funzionamento della sua primaria missione di proteggere il diritto. Così la legge organica dello Stato, la pubblica giustizia, la pubblica quiete, la pubblica fede, e simili, sono beni che si acquistano mediante la società; e sono beni reali in quanto dai medesimi ogni individuo ne ricava vantaggio nell' esercizio dei diritti e godimento dei beni che aveva ricevuto dalla natura. Se mi è lecito valermi di un paragone il patrimonio politico può somigliarsi ad un muro da cui si cinge un giardino. Quel muro non aumenta la ricchezza o feracità naturale del giardino (patrimonio naturale) anzi e pel suolo che occupa e per l' uggia che reca è dentro certi limiti a detrimento di quella naturale feracità produttiva. Ma il bene (quantunque in parte menomato) di questa feracità produttiva viene nel suo complesso ad aumentarsi per la ottenuta sicurezza mediante quel muro (patrimonio artificiale) che la mano dell' uomo ha composto al fine di tutelare i beni naturali del giardino. Chi dice che gli uomini sono fatti per lo Stato dice

Digitized by Google

che il giardino è creato pel servigio del muro. Chi opera in guisa che gli ordinamenti di tutela giuridica delle città uccidano ogni godimento di beni naturali è nella sua imprudenza simile al proprietario che di troppo gigantesco muro circondando il proprio giardino gli tolga e sole ed aria per guisa da renderlo sterile, e morto ad ogni speranza di produzione.

§. 108.

Accettando questa nomenclatura e questa distinzione, non si intende già di porre in antitesi i diritti *naturali* coi diritti *politici* nel senso che questi abbiano una derivazione diversa dalla legge naturale primitiva, e che siano frutto di umane convenzioni. Tenuto per fermo che la società civile abbia la sua origine nella legge di natura; che da questa provenga l' autorità direttiva dell' ordine esterno, e la potestà in lei di proibire le violazioni dei diritti *naturali;* l' aggregazione stessa viene ad essere un fatto *naturale*, e il diritto che ha ogni cittadino a vedere rispettato l' ordine di quella società ove egli è costituito, è anch' esso un diritto che nasce dalla natura. Sotto tale aspetto la distinzione tra patrimonio *naturale* e patrimonio *politico*, o non avrebbe senso o avrebbe un senso fallace. Ma se un ordinamento sociale, un' autorità, una giustizia punitiva, guardate nel loro essere astratto, emanano direttamente dalla legge naturale; non è così delle loro *forme*. Le quali, purchè rispondano al fine della legge eterna dell' ordine, sono tutte legittime in ogni loro possibile varietà. Ora queste varietà, che costituiscono il modo di essere *concreto* di

Digitized by Google

tale o tale altro ordinamento politico delle diverse genti, sono costituite dal consenso tacito o espresso dei cittadini: e appunto perciò si dicono ordinamenti *politici*.

§. 109.

L'uomo pertanto che vive in una società, oltre ai diritti che avrebbe come individuo e che formano il suo patrimonio *naturale*, ha il diritto che sia rispettata quella forma di ordinamento *concreto* nel quale trova la *sua sicurezza*. Il diritto alla nostra *sicurezza* ce lo dà la natura: ma la società, ministra della legge naturale nel proteggere cotesto diritto, attua la sicurezza mediante la legge civile; e genera nei cittadini la *opinione* ragionata di quella. Costituita così la *forma* di protezione della società ne nasce nei cittadini il diritto di esigere che sia rispettata cotesta forma di protezione. In questo senso la sicurezza e la opinione della propria sicurezza, costituiscono al cittadino il patrimonio che si dice *politico*. E un fatto che senza offendere nessun individuo, offenda il corpo sociale, lede così tutti i consociati, non nel patrimonio naturale, ma nel patrimonio politico; perchè attaccando l'autorità guardiana dei diritti di ciascuno mette a repentaglio la sicurezza di tutti.

§. 110.

Posto ciò è da avvertirsi che il delitto ora può *immediatamente* attaccare soltanto un individuo o alcuni individui nei loro particolari diritti, ed ora può

Digitized by Google

offendere *direttamente* tutti i consociati, non nei diritti che hanno come uomini ma nei diritti che hanno come cittadini di quello Stato.

§. 111.

Nel primo caso il danno *immediato* è *privato*, o *particolare:* nel secondo caso è *pubblico*, o *universale*. Nel primo caso dicesi attaccata la *sicurezza privata;* nel secondo la *sicurezza pubblica*. Questo concetto, che pone a base dei delitti politici la nozione del danno *universale*, rettifica l' errore nel quale caddero alcune moderne scuole (1) che la società civile guardarono come *fine* a cui l' uomo dovesse servire: e così sommersero l' individuo nello Stato; immaginando in questo dei diritti suoi propri, e nei delitti contro lo Stato la violazione di una categoria di diritti tutti particolari di questa personalità. La società non è che un *mezzo*, uno *strumento* indispensabile alla tutela dei diritti naturali dei consociati: non può esistere antagonismo fra il potere e le moltitudini. Onde le offese alla società non sono lesioni di un diritto della persona astratta, ma dei diritti di tutti e ciascuno dei suoi membri.

(1) Vedasi Belime *philosophie du droit, vol.* 1, *pag.* 234 — Thiercelin *Principes du droit edit.* 1857, *pag.* 24, 25.

Digitized by Google

§. 112.

Ma il danno immediato può essere danno *pubblico* tanto quando il fatto abbia *effettivamente* raggiunto un fine che era a detrimento di tutti; quanto allorchè tale lesione, effettivamente ristretta forse a pochi individui, attacca tutti *potenzialmente*. In ambo i casi si ha un danno immediato *pubblico;* in ambo i casi è attaccata la *sicurezza pubblica* (1).

(1) Questo modo di considerare il danno immediato *pubblico* è sostanzialmente diverso da quello della scuola *politica* (abbracciato dal Carmignani) che considera come soggetto passivo di cotesto danno la persona ideale dello Stato. Anche nel danno immediato pubblico si trova il suo *paziente* negli uomini *reali*, e il suo oggetto nel diritto degli individui consociati; non nella ideale personificazione dello Stato. Solo invece di esserne leso uno o pochi, sono lesi tutti; donde chiariscesi la nozione del *danno universale*, e se ne dimostra la grande importanza teorica e pratica di questa distinta nozione.

§. 113.

Il delitto dunque si caratterizza dal danno immediato *privato* soltanto in quei fatti criminosi che ledono l'*individuo paziente* dell'azione criminosa, senza ledere per loro stessi nè effettivamente nè potenzialmente la sicurezza universale. Così il furto, a modo di esempio, lede il solo derubato. E da quel fatto nessun danno immediato ne deriva, neppure potenzialmente, a tutti gli altri consociati.

Digitized by Google

§. 114.

Ma invece con l' offendere (per esempio) la giustizia pubblica non si ledono soli coloro a cui danno era rivolta l' azione; e che subiranno forse il danno *immediato effettivo*. Portando quell' azione indebolimento all' autorità magistrale, offende *immediatamente* tutti i cittadini, poichè tutti hanno interesse e diritto che vi sia giustizia e sia rispettata. Così nella emissione di una falsa moneta il danno effettivo si risentirà soltanto da chi ebbe la falsa moneta per buona; ma il danno potenziale cade su tutti, perchè la moneta posta in corso può venire in mano di tutti con apparenza di un valore che non ha: laonde per cotesta *potenzialità* ne avviene la *effettiva* violazione del diritto che tutti hanno a vedere rispettata la fede della pubblica moneta; e sì l' uno che l' altro è danno *immediato*.

§. 115.

Al contrario in certi fatti non è possibile concepire il danno *immediato* di tutti. Se alcuno fu ucciso, violentato, derubato, ingiuriato, nessun diritto dei suoi concittadini può dirsi leso, neppure *potenzialmente;* perchè la potenzialità deve stare nell' atto consumato, e non nelle supposte sue possibili ripetizioni. In tali casi il danno *immediato* è tutto *privato*. Coll' uccidere un uomo non si è leso neppure potenzialmente alcun altro; nè violato per conseguenza alcun diritto che negli altri fosse di vedere rispettata quella vita.

Digitized by Google

La sicurezza di ciascun di loro rispetto all' *effetto immediato* del delitto è illesa.

§. 116.

Sicchè il danno immediato *universale*, o *pubblico*, si ha *quando il delitto offende una cosa alla quale tutti i consociati* hanno *un comune interesse; e così un diritto a vederla rispettata;* come la religione, l' autorità, la quiete pubblica, la proprietà pubblica, la giustizia, ec. Il danno immediato *particolare*, o *privato*, si ha per lo contrario quando *il delitto offende una cosa sulla quale avevano interesse i soli individui che furono pazienti del delitto.* Da queste nozioni si rileva che il danno *potenziale privato* basta a costituire il delitto perfetto quando vi concorre un danno *effettivo pubblico.* In questa formula si riassume tutta la teoria; e se ne illumina la dottrina del conato, come a suo luogo (§. 374 e segg.) vedremo.

§. 117.

Ma tanto in quei delitti che recano un danno *immediato pubblico,* quanto in quelli che recano un danno *immediato* meramente *privato*, vi è sempre un secondo danno, il quale è costantemente *pubblico* perchè patito *da tutti*: e questo è il danno *mediato.*

§. 118.

Il danno *mediato*, o riflesso, consiste nella intimidazione (allarme) sorta nei buoni per la consumazio-

Digitized by Google

ne di un delitto; e nel cattivo esempio che se ne suscita nei male inclinati. Questo speciale fenomeno è quello che dà un carattere politico a tutti i delitti, e fa sì che per un' offesa *immediatamente* recata alla sicurezza di *un solo*, tutti gli altri *mediatamente* soffrano per la diminuita *opinione della propria sicurezza* (1).

(1) L' onorevole Consigliere Martinelli nel suo *Prodromo a un progetto di Codice Penale* introduce una nuova formula a designare il danno mediato. Il delitto (egli dice) viola la *espettativa* che hanno tutti i cittadini che nessuno usi della sua libertà a danno altrui. Ma questa nuova formula della *espettativa* non parmi che adeguatamente rimpiazzi la vecchia del *danno mediato;* perchè se esprime la *agitazione* eccitata nell' animo dei buoni, non esprime ugualmente l' *agitazione* eccitata dal delitto nell' animo dei male inclinati, nelle quali forme si svolge la forza morale oggettiva del reato.

§. 119.

Gli uomini infatti vivono tranquilli in società nella fiducia che i loro diritti siano protetti avverso le passioni dei malvagi, dall' autorità e dalla legge penale. Una offesa che avvenga al diritto di alcuno in onta di tale protezione è un lampo che rivela la impotenza della protezione. Ciascuno all' udire che nonostante il divieto l' azione vietata si è commessa, sente che le passioni malvagie spezzano il freno della legge; dubita a ragione della efficacia di cotesto freno; e quantunque non vegga menomata attualmente la propria *sicurezza*, si sente meno sicuro perchè prevede che ove una passione spinga qualche perverso a disegnare

Digitized by Google

consimile offesa contro lui stesso, la legge repressiva non sarà a lui bastante tutela, come non lo è stata per l' altro che già rimase vittima del delitto avvenuto.

§. 120.

Il danno *mediato* del delitto è dunque un danno di mera *opinione*. Esso trae la sua essenza ideologica da una sola cosa — *dalla possibilità della ripetizione*. Più è facile la ripetizione, più l' allarme e l' incitamento saranno gravi ed estesi. Esso perciò è *sempre universale*, tanto in quei delitti che recano un danno immediato *universale*, quanto in quelli che recano un danno immediato soltanto *particolare*. Infatti, avendo esso per base la idea di una possibile ripetizione del delitto commesso, e tale ripetizione potendo avvenire per parte di tutti e contro tutti, la *universalità* di cotesto danno è intrinseca alla sua natura. Se un delitto commesso da uno non potesse mai più *ripetersi* in diversi soggetti, quel delitto non avrebbe *danno mediato;* e così non avrebbe carattere *politico*. Sicchè il danno *mediato* è tutt' altra cosa del danno *potenziale*, perchè questo è una condizione *reale* del fatto eseguito, come lo fu il *pericolo corso* (§. 352) nel tentativo; quello dipende dalla *previsione* di altri nuovi fatti. E l' uno e gli altri sono differenti dal mero *pericolo* appreso; il quale ha tutta la sua base in un calcolo della mente non conseguente ad una violazione di diritto già avvenuta.

Digitized by Google

§. 121.

Ora cotesto effetto del delitto non è il risultato della sola sua *forza fisica*. È il risultato della *forza fisica* e della *forza morale* insieme combinate.

§. 122.

Infatti quando un uomo cade per morbo o per infortunio, può sentirsene dagli altri dolore; ma non vien meno per questo fatto la potenza morale dell'autorità e la fiducia nella legge e nella giustizia. Nessuno ne trae argomento di audacia a turbare l'ordine esterno; nessuno ne sente crollare nell'animo la *opinione* di essere *sicuro* dalle offese di gente perversa.

§. 123.

Il malesempio e la intimidazione sorgono soltanto quando si viene a conoscere che quella morte è stata prodotta dal braccio di un uomo per malvagia intenzione o per imprudenza. Allora il fatto lesivo dell'*individuo* diviene lesivo anche *della legge*. La lesione della legge aggiunge l'effetto *morale* all'effetto *fisico* della lesione materiale. E così col minorare la forza morale dell'autorità si aggiunge al fatto *direttamente* dannoso anche il carattere di *indirettamente* dannoso.

§. 124.

Perciò il fondamento della politica imputabilità del *dolo* e della *colpa* sta in questa combinazione della forza *morale* con la forza *fisica*. Bisogna che l'autorità offesa dal fatto *doloso* o *colposo* rialzi sè stessa

Digitized by Google

nella opinione dei cittadini, chiamando l'offensore a dar conto di sè. Obiettandolo a lui e imputandoglielo a delitto, contrapone forza morale a forza morale. E mentre il delitto aveva eccitato i malvagi, e intimidito i buoni, essa intimidisce i malvagi e riconforta i buoni.

§. 125.

Se la colpa dovesse considerarsi come mero *vizio* d'intelletto, bisognerebbe esitare sulla sua politica imputabilità, e cercare a questa un pretesto altrove che nei principii cardinali del giusto. Ma poichè nella colpa trovasi bene un *vizio di volontà*, è un inutile errore l'insinuare che il fondamento della politica imputabilità della *colpa* sia il *sospetto del dolo*. Non può la giustizia imputare per un *sospetto*. E questa formula condurrebbe ad assurde conseguenze nel graduare la imputazione dei fatti colposi. Sicchè la formula del *sospetto del dolo*, immaginata dal Carmignani, è inaccettabile. Lo è del pari la formula insignificante dettata dal Mori, che i fatti colposi si imputino *per eccezione*. Lo è lo specioso ritrovato di Almendingen; il quale scorgendo nella colpa un solo vizio di intelletto andò a cercare il diritto della società di incriminare i fatti colposi nel bisogno di *correggere* i trascurati. Tutte queste speculazioni non varrebbero a far tranquilla la coscienza sociale sulla legittimità della repressione dei fatti imprudenti, se i medesimi non potessero farsi risalire ad un *vizio di volontà:* perchè il diritto di colpire un uomo per atti a lui non imputabili moralmente (§. 31) sul pretesto o di *emen-*

Digitized by Google

darlo, o di fare una *eccezione*, o di avere un *sospetto*, non potrebbe facilmente dimostrarsi competente all' autorità. Ma rettificata la genesi della colpa tutte queste difficoltà si dileguano. Nessun moralista negò mai che dai fatti colposi nasca l' obbligo alla riparazione del danno recato. Ora se avviene che un fatto colposo non cagioni soltanto un *danno privato*, ma anche un *danno sociale* perchè minori nell' animo dei cittadini la opinione della propria sicurezza, è evidente che il fatto colposo obbliga alla riparazione anche di questo danno; e può per conseguenza imputarsi anche politicamente. Nel danno *politico* sta la ragione cardinale per cui diviene *politica* la preambula *imputabilità morale*.

§. 126.

Il fondamento della politica imputabilità dei fatti *colposi* è tutto analogo a quello dei fatti *dolosi*. Cioè danno *mediato* concorrente con lo *immediato*. Anche pei fatti *imprudenti* sente il buon cittadino minorata la *opinione* della sua *sicurezza*: e l' inclinato ad essere imprudente ne trae cattivo esempio. I fatti colposi in quanto risalgono ad un vizio di volontà sono moralmente imputabili, perchè fu un atto volontario il tenere *inerti* le facoltà intellettive. Il negligente benchè *non volesse* la lesione del diritto, *volle* però il fatto nel quale doveva conoscere possibile o probabile quella lesione. Laonde se avviene che i fatti imprudenti producano un male politico, debbono essere nella congrua proporzione e misura imputabili anche poli-

Digitized by Google

ticamente; perchè anche da loro si ha il risultato politico che la offesa materialmente *particolare* rechi perturbazione morale *universale*, e il cittadino ha diritto di esser difeso non solo contro gli scellerati ma anche contro gli scioperati.

§. 127.

Grande differenza però intercede fra la imputabilità degli uni e la imputabilità degli altri in ordine al danno immediato. Il quale pei fatti dolosi può essere anche *potenziale*, può consistere nella lesione di un diritto *reintegrabile*, e può anche supplirsi per l' effetto della imputabilità dal *pericolo corso*, lo che non ricorre nei fatti colposi. Questi non possono imputarsi agli effetti penali se il danno diretto cagionato da loro non consiste nello *effettivo* toglimento di un bene *non reintegrabile*. Non può accettarsi la eccentrica dottrina di alcuni (§. 366 *nota*) che hanno nè più nè meno sostenuto potersi incriminare anche i fatti colposi che non hanno cagionato danno nessuno.

CAPITOLO IV.

Nozioni generali della qualità, quantità *e* grado *nei delitti.*

§. 128.

Fin qui abbiamo esaminato quali condizioni in genere debba avere un fatto onde l' autorità sociale possa aver diritto di *incriminarlo*. Ma trovate le con-

Digitized by Google

dizioni della politica imputabilità di un fatto, non potrà però essere in arbitrio del legislatore di imputarlo più o meno a piacimento suo. Esistono regole di assoluta ragione per limitare questo arbitrio: nè dalle medesime può deflettere l' autorità sociale senza o tradire il principio della difesa, o trascendere il limite della giustizia. E queste regole si riassumono nella formula che i delitti devono imputarsi con debita proporzione alla loro *qualità*, *quantità*, e *grado*. Infatti quando non più guardasi il delitto in astratto nelle sue generali nozioni e condizioni, ma scendesi a contemplarlo nelle sue *speciali* attuazioni, si trovano naturalmente tra specie e specie diversità importantissime: varietà di *qualità*, di *quantità*, di *grado*. Ecco le tre nozioni che seguendo la dottrina e nomenclatura esattissima della scuola italiana, rimangono a svilupparsi per completare la teoria del delitto.

§. 129.

Se tutti gli enti che si presentano agli occhi del nostro corpo o della nostra mente, fossero perfettamente identici, le idee di *qualità*, *quantità*, *grado*, sarebbero inconcepibili allo intelletto umano. Se gli enti fossero siffattamente distinti che non si ravvisasse tra loro nessun rapporto di identità, sarebbero per opposto motivo sempre indefinibili coteste idee. Ma gli enti che spettano ad un medesimo *genere* hanno più o meno fra loro dei caratteri *comuni* (rapporti di identità) e dei caratteri *distinti* (rapporti di varietà). E questi fanno sì che più enti i quali per certi rapporti di

Digitized by Google

identità attengono al medesimo *genere*, diversifichino l'uno dall'altro per certi rapporti di varietà, e così formino altrettante *specie* diverse.

§. 130.

Di qui nasce in primo luogo la nozione della *qualità*. *Qualità* in senso generale è ciò che fa che la cosa sia *tale qual' è*. Nei delitti la *qualità* è ciò per cui avviene che un fatto criminoso sia piuttosto un delitto che un altro delitto: è ciò che distingue *titolo* criminoso da *titolo* criminoso.

§. 131.

Ma quando secondo le condizioni costitutive degli oggetti che si studiano, se ne è esattamente distinto il rapporto di *qualità*, nasce fra specie e specie il rapporto di *quantità:* e ne segue il bisogno di trovare il giusto criterio, sul quale si proceda a riconoscere in una specie una *quantità* maggiore che in altra specie.

§. 132.

La *quantità* è ciò per cui fra diverse specie comparate fra loro esiste un rapporto di *più* o di *meno*.

§. 133.

Il calcolo del rapporto di *quantità* varia tra specie e specie secondo il diverso elemento che si assume come criterio per misurarla.

Digitized by Google

§. 134.

Così quando io confronto le condizioni ontologiche del franco con la moneta da cinque centesimi, ho il risultato che stante i molti caratteri di varietà che intercedono tra l' una e l' altra, le due monete sono di *qualità* diversa. Quando procedo poscia a calcolarne la relativa *quantità*, se assumo per norma del mio giudizio per esempio il volume, dirò che nei cinque centesimi vi è una quantità maggiore che nel franco: se assumo il *peso*, mi trovo alla istessa conseguenza: se invece assumo il *valore*, mi trovo a dire che il franco rappresenta una quantità maggiore della moneta da cinque centesimi.

§. 135.

Così nel delitto non basta aver distinto specie da specie, e averne ottenuto la nozione che un fatto criminoso (per esempio il furto) costituisce un *titolo* di delitto diverso da quello costituito da altro fatto criminoso (per esempio dall' omicidio). Con ciò ho esaurito la indagine sulla *qualità*. Ma ho bisogno di sapere inoltre quale dei due delitti è, rispetto all' altro, *più grave* per proporzionarvi la giusta imputazione. Questa è la indagine sulla *quantità*.

§. 136.

Con la prima giungo a conoscere, a modo di esempio, che l' atto di rubare fa sorgere un titolo di delitto diverso dallo uccidere. Con la seconda giungo a conoscere, per esempio, che l' omicidio rappresenta una

Digitized by Google

quantità di male politico maggiore di quella che si riscontra nel furto. Se alla indagine sulla diversa *qualità* dei delitti non tenesse dietro la indagine sulla possibile differenza di *quantità* politica respettiva, la indagine sulla *qualità* saria puramente tecnologica e niente di uso pratico. La utilità della ricerca sulla *qualità*, o *titolo* dei delitti, è invece praticamente grandissima per la necessità di distinguere la quantità dei delitti che si sono trovati diversificanti nella *qualità*, onde a ciascuno attribuire la imputazione respettivamente dovuta.

§. 137.

Ma il giure penale non solo ha bisogno di determinare i *titoli* dei diversi delitti e la *prevalenza astratta* di un titolo sull' altro titolo. Il giure penale nella sua pratica applicazione non dovrà giudicare nè i *generi*, nè le *specie*, ma gli *individui*. Ora nei fatti individualmente contemplati può talvolta mancare qualche cosa alle condizioni ordinarie e *normali*. Ecco il *grado* nel delitto.

§. 138.

Il *grado* è tutto ciò che *manca* ad un individuo per *adeguare* la condizione *normale* degli individui consimili.

§. 139.

Quando con lo studio della qualità ho conosciuto che una moneta è diversa dall' altra moneta: quando con lo studio della quantità ho conosciuto che l' una

Digitized by Google

ha un valore maggiore dell' altra: venendo poi ad applicare praticamente sugli individui questa seconda cognizione, posso cadere in errore, ove io non prenda ancora ad esaminare in *ciascun individuo* se in lui si riscontrino cause di *degradazione*. Questo esame può talvolta portare al risultamento che quella moneta la quale per la sua specie avrebbe dovuto avere un valore maggiore dell' altra, lo abbia invece minore per la sua individuale degradazione, per esempio se è guasta o corrosa.

§. 140.

Così nel delitto dopo conosciuto che ai due fatti rispondono titoli distinti, e che dei due titoli l' uno è più grave dell' altro, può avvenire che applicando queste nozioni ad un fatto individualmente guardato, vi trovi una deficienza nelle condizioni ordinarie della sua specie. Di guisa che quel fatto particolare che contemplo, sebbene appartenente ad una specie che d' ordinario rappresenta una quantità maggiore di altra specie, pure per questa sua degradazione venga ad averne una minore (1).

(1) Tutte le circostanze che nel linguaggio pratico e legislativo si dicono *aggravanti* nei delitti speciali (come la effrazione nel furto, la insidia nel ferimento, la violenza nell' adulterio, e tutte altre simili) non tengono alla teoria del *grado* del delitto, ma della sua qualità e *quantità*. Tali circostanze aumentano la *quantità* politica del delitto, o perchè esprimono la violazione di più diritti, o perchè minorando la potenza della difesa privata aumentano il danno mediato. L' effetto di tali circostanze è quello di cambiare

Digitized by Google

il *titolo* del delitto (sia che ne cambino il nome ordinario; sia che al nome ordinario portino l' adiezione di un predicato odioso) e così mutano la *specie*: non la degradano nè l' aggravano (§. 201, e segg.) È in questo senso che le aggravanti non appartengono alla teoria del *grado*. Ciò che aumenta la *quantità* del delitto cambia l' ente giuridico; ne fa diversa la specie. Il grado presuppone mantenimento del titolo ordinario.

§. 141.

La quantità *astratta* rimane sempre la istessa. Ma si modifica la gravità *concreta* del malefizio per una accidentale deficienza nei suoi elementi costitutivi. Questo è ciò che determina il *grado* del delitto. La differenza fra ciò che attiene al *grado* e ciò che attiene alla *quantità* del delitto, risponde alla differenza fra ciò che *denatura* un ente e ciò che lo *degrada* senza denaturarlo. In generale può dirsi, come vedremo fra poco, che la modificazione nella quantità discende dal rapporto oggettivo, e la modificazione del grado dalla contemplazione soggettiva del malefizio.

§. 142.

Siffatta modificazione, e così l' effetto del *grado* nel delitto, può spingersi sino al punto di far *cessare* ogni politica imputabilità; come la degradazione di una moneta può giungere a tale da renderla di nessun valore.

§. 143.

Quando opera cotesto effetto la circostanza è *scriminatrice* (o *dirimente*). Negli altri casi dicesi *escu-*

Digitized by Google

sante (o *minorante*). Formula che male si adoprerebbe nel primo caso; perchè dove sparisce la idea di delitto non trova termini abili la idea di *scusa*.

§. 144.

Anzi in quest' ultima applicazione anche la denominazione di *grado*, se bene si considera, è meno esatta; perchè nella *negazione* di un essere non vi è un *grado* dell' essere. Pure per servigio dell' ordine si riunisce la trattativa delle *minoranti* e delle *dirimenti*, e si le une come le altre si richiamano alla teoria del *grado*, quantunque quest' ultime non *degradino* il delitto ma lo *distruggano*.

§. 145.

Quando due reati si unificano nel criterio della qualità, della quantità, e del grado debbono per giustizia identificarsi nella loro *imputazione*. Giacchè sebbene per legge mirabile di natura non vi possano essere due enti materiali perfettamente identici, opponendosi a ciò le infinite varietà dello spazio nel luogo e nel tempo, si può avere dall' uomo la nozione della identità negli enti ideali, che appunto si astraggono da ogni considerazione di spazio. Onde sebbene due fatti debbano sempre diversificare nelle circostanze materiali; pure quando si guardano nel loro rapporto ideale con la legge, i delitti che ne risultano saranno identici nella loro condizione di enti giuridici, purchè non sia tra loro varietà nella qualità, nella quantità, e nel grado.

Digitized by Google

CAPITOLO V.

Criterio della qualità *nei delitti.*

§. 146.

In qualunque scienza la *qualità* è quella che guida ad ordinare gli oggetti della scienza stessa. Nel giure penale la *qualità* dei delitti è quella che serve alla loro *classazione.*

§. 147.

Ma nell' ordinare la classazione degli oggetti di una scienza, e così nell' assegnare loro la respettiva *qualità,* non si può prescindere dal prendere di mira *un elemento particolare di rapporto* fra oggetto ed oggetto. Ora la difficoltà del ben classare dipende dal trovare il più esatto criterio di rapporto che per lo scopo della scienza sia a prendersi in considerazione a cotesto servigio.

§. 148.

Altrimenti operando si istituiscono classi confuse, e si arrecano tenebre ove vorrebbe portarsi la luce. Chi classasse, a modo di esempio, i corpi secondo il colore si troverebbe a porre l' oro e l' olio, il sangue ed il vino, nella medesima classe. Errore grossolano.

§. 149.

Dunque non tutti gli attributi di un ente sono accettabili come criterio della sua *qualità:* ma quelli

Digitized by Google

soli che ne costituiscono la *essenza* speciale. Tutta l'arte del ben classare consiste nel distinguere gli *accidenti* dalla *sostanza*.

§. 150.

Ma la *essenza* del delitto (intendendo sempre sotto questo vocabolo il delitto vero e *proprio*, ben diverso dalle *trasgressioni* (1) di *polizia)* sta nella *violazione di un diritto* protetto dalla legge penale. Dunque il più retto criterio per ben definire la *qualità* dei delitti ed esattamente classarli, è quello desunto dalla *diversità del diritto leso* (2).

(1) Le *trasgressioni* (cioè le violazioni delle leggi che proteggono la *prosperità*, non il *diritto*, e che hanno il loro fondamento nel solo principio della utilità) si classano secondo il *diverso bene* che vuolsi procurare con lo interdire quei fatti che costituiscono le trasgressioni medesime. Non potrebbero classarsi sulla norma del *danno*, o del *diritto* violato, perchè in loro non vi è nè *danno*, nè *violazione* di *diritto:* almeno per essenza loro non lo esigono. Non sarebbe dunque possibile nella classazione delle trasgressioni applicare il criterio col quale si classano da noi i delitti. Non potrebbe ricorrersi al *dolo*, perchè non vi è come elemento necessario. Non potrebbe ricorrersi alla *spinta*, nè (sfruttando il pensiero che l'ottimo Ellero esternò circa la classazione adottabile nelle leggi puramente *preventive)* potrìano classarsi secondo la *passione* movente, per la solida ragione che nelle trasgressioni non sempre ricorre una *passione* che muova il trasgressore. Laonde è propriamente necessario ed inevitabile nei regolamenti di polizia desumere la classazione delle contravvenzioni da diverso *bene* protetto con le proibizioni di certi atti, anche moralmente

Digitized by Google

innocenti e che non recano *attuale* violazione o pericolo al diritto. E tale è il metodo generalmente osservato in coteste materie.

(2) La considerazione del *diritto leso* portò Lucas ad un risultato diverso dal nostro. Egli divise i delitti in tre grandi classi — delitti *contro le persone* — delitti *contro le proprietà* — delitti *misti*. Questa classazione può servire per uno studio statistico; non per la teoria penale nè per un codice. Inoltre essa non lascia sede pei delitti politici. Del che per altro non si turbò Lucas che aveva negato recisamente cotesta classe. Inadeguate per la scienza sono del pari le classazioni che si desumono dall' *azione*, o dalla *pena*: inaccettabili quelle che si volessero desumere dal *dolo* o dalla *spinta* criminosa. Vedasi Carmignani *teoria della sicurezza sociale vol.* 2, *cap.* 6.

§. 151.

E sebbene il diritto non si leda che con l' atto fisico, pure la formula da noi usata — *varietà del diritto leso*, non è identica all' altra — *varietà dell'atto fisico* — perchè due atti fisici simili possono essere diretti da ciascuno degli agenti a violare due diversi diritti, e per la influenza dello elemento intenzionale sulla essenza del delitto, può (malgrado la identità di atti fisici) nascerne diversità di delitti a cagione della diversità della intenzione dell' agente che l' atto fisico indirizzava a ledere un diritto piuttosto che un altro.

§. 152.

Questa avvertenza risale al gagliardo principio che il *delitto* agli occhi della scienza non è un *ente ma-*

Digitized by Google

teriale, ma un *ente giuridico:* laonde il suo *oggetto* non è la cosa o l' uomo, ma il precetto violato. Cosicchè variando il diritto attaccato varia il precetto protettore del medesimo, e varia l' ente ideale che si chiama delitto. Così l' identico fatto, per esempio dell' atterramento di un albero, con lo identico risultato dello atterramento può costituire ora il titolo del danno dato con ingiuria, ora del furto, ora della ragion fattasi, ora del turbato possesso; secondo il diverso fine dell' agente.

§. 153.

In tal guisa viene a chiarirsi che l' *oggetto* del delitto si deve (se vuolsi usare un linguaggio che esattamente risponda ai bisogni scientifici e pratici) ravvisare nella legge violata, e desumerlo dal *fine* dello agente. E questa è la ragione per cui atti materiali perfettamente simili dei quali Cajo abbia usato per violare un diritto, e Tizio per violarne un altro, fanno nascere due delitti *essenzialmente* diversi.

§. 154.

Ora, tornando a ciò che dicemmo in proposito del danno *immediato*, si trova che questo può essere o *pubblico* ossia *universale*, o *privato* ossia *particolare;* secondo che il malefizio viola un diritto *particolare* o un diritto *universale*. Di qui la prima divisione dei delitti in offese contro la *sicurezza pubblica*, e offese contro la *sicurezza privata*.

Digitized by Google

§. 155.

Ma la offesa alla sicurezza *pubblica* può estrinsecarsi con un attacco alla società nell' *autorità* che la rappresenta, e con un attacco alla società nei *membri* che la compongono.

§. 156.

Le offese alla pubblica sicurezza nel primo caso assumono il nome di *delitti politici proprii* o *diretti;* perchè il danno immediato risultante dall' attacco contro la *persona morale* (società) non ferisce se non consequenzialmente gli *individui* che la compongono in qualunque dei loro *diritti particolari;* ma li ferisce *tutti* nel diritto che tutti e ciascuno di loro hanno a veder rispettato l' ordine politico dal quale attendono la loro tutela giuridica: lesione della *città,* perchè lesione di un diritto universale che da tutti i consociati si gode.

§. 157.

Le offese alla sicurezza pubblica nel secondo caso si dicono *delitti politici improprii*, o *indirettamente tali.* Anche in questi il danno *immediato effettivo* si sente soltanto da pochi individui, od anche da nissun individuo nel suo particolare. Ma il delitto ferisce tutti i congregati; perche tutti ne sono offesi, non solo *moralmente* per il timore di una *ripetizione* (lo che atterrebbe al danno *mediato)* ma *materialmente* per gli

Digitized by Google

effetti del fatto *già consumato* che ha violato un diritto a *tutti loro* spettante. È *effettivo* il danno immediato nel rapporto del diritto *astratto:* nel diritto cioè di vedere rispettata quella cosa a cui *tutti* hanno interesse. Può non essere *effettivo*, ma è sempre *potenziale* nel rapporto del toglimento di *un bene concreto* ai cittadini. Questa *potenza* la sviluppano simili delitti contro *tutti* indistintamente i consociati; e perciò si riferiscono alla classe dei *politici*, perchè hanno un danno *immediato universale*. Ma siccome l' autore di questi non intende ad attaccare la *persona morale* della società, così si dicono politici *indiretti*.

§. 158.

Tanto nei delitti *politici diretti* quanto nei *politici indiretti*, la massa dei cittadini è offesa nel suo *patrimonio politico*, non solo in quanto attiene alla mera *opinione* della sicurezza, ma veramente anche in ciò che costituisce la *sicurezza*.

§. 159.

I delitti contro la giustizia, contro la religione, contro la quiete pubblica, contro la pubblica fede, contro il gius delle genti, contro la pubblica sanità, spettano a questo secondo membro della prima classe. In tali delitti ricorre il carattere distintivo comune di non esigere alla loro *perfetta consumazione* la *effettività* del *danno immediato* particolare. Il danno *universale* trova la sua *effettività* nella semplice offesa al *diritto*

Digitized by Google

attaccato, quando questa è perfetta nelle sue speciali condizioni. E la prevalenza del diritto *universale* o *pubblico* sul diritto *particolare* o *privato* (prevalenza che si sente da ciascuno) porta a cotesta regola, di rendere indifferente alla perfezione di tali delitti che ricorra la effettività o solo la potenzialità del danno *immediato;* come mostreremo (§. 374) in seguito.

§. 160.

Questa divisione dei delitti in due grandi classi, secondo che immediatamente attaccano o i diritti *naturali* di uno o di *alcuni* determinati individui, o attaccano invece i diritti *sociali*, e così i diritti di *tutti* i *consociati;* sembra esteriormente la riproduzione della divisione del Carmignani in delitti *politici* e *politico-civili:* ma il concetto ne è sostanzialmente difforme. Carmignani nel suo pensiero dimentica la personalità di tutti i cittadini nella personalità dello Stato, e dona a questa personalità ideale una somma di diritti che considera come tutti suoi proprii. E prendendo di mira la società come ente di per sè stante, trova i delitti *politici diretti* nella offesa recata a tale persona giuridica, senza guardare il diritto dei consociati alla di lei esistenza. Il diritto secondo questa idea è nello *Stato*, come secondo altre idee era nella *persona* del principe. Poi immaginando quasi dei puntelli a quella persona nelle istituzioni per le quali si rafforza lo Stato, trova nelle offese a tali istituzioni i delitti che chiama *politici indiretti*. Così gli avvenne che il falso pubblico e nummario, e le offese alla finanza

Digitized by Google

e alla salute pubblica, gli rimasero come anomali; e gli avvenne altresì di dover con non molta esattezza, noverare come *istituzioni sociali* la quiete pubblica e il gius delle genti. La nostra divisione invece non si ferma a cercare i diritti nella persona dello Stato. Guardiamo la massa dei consociati. Se il delitto offende tal cosa a cui *tutti* hanno interesse e diritto comune, diciamo questo un delitto di danno *immediato universale*, e lo poniamo nella classe dei delitti politici; che preferiamo chiamare *sociali* perchè tale comunanza di interesse e di diritti non può nascere che dalla associazione. E se il fatto offende invece una cosa sulla quale non abbiano diritto gli altri cittadini tranne il paziente del fatto criminoso, lo diciamo delitto di *danno immediato particolare*. E poichè cotesti diritti all' individuo li dà la natura, a tali delitti (che sono presso a poco i delitti *politico-civili* di Carmignani) diamo il nome di *naturali*.

§. 161.

Delitti *naturali*, o contro la sicurezza *privata*, sono dunque quelli nei quali il danno *immediato* è *particolare:* vale a dire che il danno tanto *effettivo* quanto *potenziale* non colpisce che un *numero limitato* di individui. L' attacco ad un diritto *individuale* che nei reati della prima classe può non essere; qui è sempre presupposto. Essi non offendono che i *diritti naturali* dell' uomo; e l' indole *politica* l' assumono tutta dal solo danno *mediato*.

Digitized by Google

§. 162.

Questi si suddividono secondo il *diverso bene* a cui si riferisce il diritto offeso nell' individuo. Con tale criterio, trovando che i *beni* possibilmente offendibili dall' azione malvagia si riducono a sei categorie; in sei membri si parte questa seconda classe, secondochè l' azione criminosa ha attaccato nell' uomo che ne fu passivo, o il diritto alla vita; o alla integrità delle membra; o alla libertà individuale; o all' onore; o agli averi; o alle sue relazioni di famiglia.

§. 163.

Ciascuna di quelle classi ammette poi delle suddivisioni dipendenti, o dalla *sostanza* dell' offesa, o dalla *forma* e condizioni della sua esecuzione. Dall' una e dall' altra quando trattasi di diritti *complessi*. Dalla sola *forma* della sua esecuzione, quando trattasi di diritti *semplici* (1).

(1) *Semplice*, a modo di esempio, dicesi il diritto alla vita; *complesso* il diritto che suddividesi in altri subalterni diritti. Tale (per esempio) il diritto di proprietà, che sviluppa lo *jus possidendi*, *utendi*, *vindicandi* ec. ec.

§. 164.

La classazione dei delitti non tiene alla mera nomenclatura. Ha una influenza essenziale: perchè dal col-

Digitized by Google

locare un fatto criminoso in una classe piuttosto che in altra può derivarne che si modifichi la sua quantità e la sua imputazione, e talvolta persino se ne alterino le condizioni essenziali.

§. 165.

Una grave difficoltà nella scienza nostra incontra la classazione dei delitti quando, come spesso avviene, in un unico contesto di azione criminosa *si viola più di un diritto.*

§. 166.

In primo luogo (e questa è regola impreteribile) deve distinguersi se la violazione di più diritti fu operata per servire a *diversi fini* del colpevole indipendenti l' uno dall' altro; o se il reo non tendeva che ad *un solo fine* pel quale violava un diritto, e della violazione dell' altro diritto si valeva come *mezzo* per giungere a quello.

§. 167.

Nel primo caso si considerano le azioni come *separate*, perchè in verità sono tali e *materialmente* e *intellettualmente.* E tanti sono i fini, tanti sono i titoli di reato; dei quali ciascuno si misura e si giudica indipendentemente dall' altro. Se il delitto fosse un ente *materiale*, la concomitanza puramente *materiale* di luogo e di tempo potrebbe unificare due fatti in un solo delitto. Ma esso è un ente *giuridico* che consta dell' elemento *materiale* e dell' elemento

Digitized by Google

ideologico. Perchè si abbia nesso *giuridico* tra fatto e fatto bisogna dunque che siavi anche nesso *ideologico*, cioè connessione di mezzo a fine. Altrimenti il concorso di due *atti volitivi* indipendenti ne fa due delitti.

§. 168.

Nell' altro caso si ha un *solo* (1) delitto. Ma per conoscere a qual titolo esso pertiene occorre una seconda distinzione: o nella violazione del diritto, della quale si valse come *mezzo* il colpevole, non si configurerebbe un titolo di reato di per sè stante; o anche questa violazione costituirebbe, se fosse sola, un titolo speciale di malefizio.

(1) Dissente Tissot (*droit pénal tom.* 1, *pag.* 82) affermando che si hanno sempre *due delitti* malgrado l' unico *fine*. Ma se si guardassero come *due delitti* quando l' *atto volitivo* è uno, s' imputerebbe *due volte* la istessa determinazione. L' elemento intenzionale imputato in un delitto, tornerebbe ad imputarsi nel secondo delitto. È la istessa ragione su cui si fonda la teoria del delitto *continuato* (§. 517). Si ha una determinazione volitiva *complessa*; nascerà un delitto *complesso* (§. 50): ma è un *delitto solo*. Chi determinossi a rubare mediante scasso è reo di una sola determinazione criminosa. Chi determinossi a rubare e stuprare è reo di due determinazioni. È questa la dottrina dei delitti *pedissequi*, che il Mori nella sua teorica del codice penale anatemizzò con grande acrimonia, dimenticando che nel suo codice penale egli stesso (tratto dalla prepotenza del vero) avea dovuto attuarla; per esempio nel furto con violenza e con scasso, nelle lesioni per commettere stupro, e altri simili. Quando si vuole rovesciare una dottrina consacrata

Digitized by Google

dalla sapienza dei secoli bisognerebbe almeno esser coerenti a sè stessi.

§. 169.

Nel primo caso il reato che sorge per la violazione del diritto alla quale l' agente tendeva come fine, non cambia classe. Rimane sempre l' istesso titolo: e l' averla ottenuta mercè la violazione di altro diritto costituisce una *qualità aggravante*, che può talvolta variar *nome* al reato principale, ma non ne altera la classe.

§. 170.

Nel secondo caso sorge una terza distinzione. O il diritto violato come mezzo era meno importante del diritto alla cui lesione come fine tendeva lo agente, od anche era di *uguale importanza:* ed allora il reato che servì di mezzo si tiene come pedissequo e famulativo all' altro; ne aggrava la imputazione; può anche mutarne il *nome;* ma si compenetra con quello senza mutarlo di classe. O invece il reato che servì di *mezzo* era *più grave* di quello che lo agente si proponeva come *fine:* ed allora il fatto esce dalla classe del delitto fine per far passaggio nella classe a cui spetta la infrazione servita di mezzo, e talvolta serba il *nome* che gli dava la violazione usata come mezzo, per esempio incendio a fine di furto: talvolta muta anche *nome;* così l' omicidio a fine di furto dicesi latrocinio. È il *fine* allora che modifica la imputazione del *mezzo;* non è il *mezzo* che qualifichi il *fine.*

Digitized by Google

CAPITOLO VI.

Criterio della quantità *nel delitto.*

§. 171.

Rinegato il sofisma draconiano che affermava la uguaglianza di tutti i delitti, è concorde oggidì la dottrina che i diversi reati presentino diversa *quantità* politica; cosicchè debba ai singoli reati adattarsi una diversa misura di imputazione.

§. 172.

Ma se ciò fece sentire a tutti i criminalisti il bisogno di trovare la formula secondo la quale misurare si dovesse la *quantità* dei malefizi, essi non furono per altro concordi nel definire il *criterio* più retto di cotestà *gravità relativa.*

§. 173.

Tre sono i principali sistemi oggidì prevalenti nelle diverse scuole. Quello di Beccaria, svolto dal Carmignani, che desume dal *danno sociale* la quantità dei delitti. Quello ideato da Romagnosi, che la desume dalla *spinta criminosa.* Quello propugnato dal Rossi, che vuole rintracciarlo nella importanza del *dovere* violato. Noi seguitiamo il primo sistema, ritenendo non accettabili gli altri due.

Digitized by Google

§. 174.

Non è accettabile il sistema iniziato da Romagnosi; perchè in primo luogo esso presenta il vizio di desumere la misura del fatto non dalle *condizioni intrinseche* al fatto stesso ma dalla sua *causa*, che è tutta *fuori del delitto* che vuole misurarsi.

§. 175.

Infatti la *spinta criminosa* si riscontra da Romagnosi nel concorso di questi tre impulsi che hanno determinato l'uomo a delinquere — 1.° *utile sperato* dal delitto — 2.° *facilità* di commetterlo — 3.° speranza di *impunità*.

§. 176.

E secondo lui dovendo nella pena ravvisarsi soltanto un riparo al pericolo del delitto, ed ogni forza repellente dovendo per buona dinamica proporzionarsi alla forza impellente, quanto più in un determinato fatto furono energici quei tre impulsi a delinquere che costituiscono la *spinta*, tanto più deve essere energica la *controspinta;* cioè la imputazione che le contrappone l'autorità sociale.

§. 177.

Ma cotesto argomento, oltre al vizio radicale che testè accennammo, di misurare la gravità di un fatto

Digitized by Google

da un elemento *estrinseco* al fatto stesso, non corre poi rimpetto alla considerazione del tornaconto sociale.

§. 178.

L' autorità sociale nell' esercizio del magistero punitivo non può procedere secondo l' accidentalità delle *cagioni* di un fatto, ma secondo il rapporto tra il *male del delitto* e il *male della repressione*. Ciò emerge per logica necessità dal principio che l' autorità non è armata della giustizia penale se non pel mantenimento dell' ordine. Onde ove il male del reprimere soverchi il male del delitto, la repressione conduce ad un novello disordine, anzichè ristabilire l' equilibrio rotto dal primo turbamento (1).

(1) L' autorità sociale deve tener dietro alla *causa dei delitti* quando aggirandosi nell' ufficio del buon governo, studia i modi di prevenire direttamente i crimini futuri, antivenendo loro con ispengerne le cagioni. Su ciò possono vedersi Sonnenfels *scienza del buon governo* — Den Tex *de causis criminum;* ed altri molti che se ne sono maturamente occupati.

§. 179.

Nè il principio della giustizia assoluta, alla quale è subordinato il magistero penale, comporta che per regola assoluta si accresca all' uomo la sua responsabilità non per un aumento del male che ha recato o disegnato recare, ma per l' accidentalità di certe ca-

Digitized by Google

gioni; e così per un calcolo della probabilità maggiore o minore del rinnovarsi del delitto (1).

(1) Tanto è lunge che la *facilità* di delinquere aumenti la gravità politica del delitto, quanto è certo invece — 1.° — che gli *ostacoli superati* per delinquere mostrano maggior tenacità di pravo volere, e così rivelano nel delitto una maggior forza morale soggettiva — 2.° — che la facile *occasione di delinquere* si vuole da insigni criminalisti sia invece una scusa minorante la imputazione. Vedasi la nota 2 al §. 343.

§. 180.

La teoria della spinta non può aver dunque apparenza di giustizia, se non appo coloro che tenaci al solo principio della *difesa*, la idea della giustizia assoluta vorrebbero tolta affatto dal magistero penale, riducendone la legittimità ad una giustizia tutta fattizia, che libra la sua lance sul solo pernio (pur troppo elastico) della politica utilità.

§. 181.

Ma inoltre il sistema della spinta criminosa portato alle sue pratiche applicazioni (e specialmente se si assume qual norma primaria per confrontare tra loro delitti di titolo diverso) conduce ad esorbitanti conseguenze; elevando al massimo grado certe delinquenze che il consenso di tutti i popoli riguardò sempre come di minore importanza: avverso le quali spiegando i più energici mezzi di repressione, si risica di cagionare maggior nocumento colla *difesa*, che non se ne tema dall' *offesa*. Facile infatti egli è a dimo-

Digitized by Google

strare che, a modo di esempio, il furto dovrebbe nella scala dei delitti rappresentare una gravità maggiore dell' omicidio se la relativa gravità dovesse calcolarsi sui criterii dell' utile sperato, della sperata impunità, e della facilità di commetterlo. Oltre a ciò confrontando ancora i diversi fatti che pertengono al medesimo titolo sulla norma delle diverse cagioni, si viene a delle conseguenze che repugnano al senso morale di ognuno ed alla pratica universale. Colui che ha rubato per salvarsi dal carcere imminente di cui lo minacciano i creditori (idea spaventosa che ruinò troppo spesso anche al suicidio) ha senza dubbio una spinta maggiore di chi rubi per procacciarsi il denaro onde fare un viaggio di piacere. Imputerassi dunque più quello di questo? Si imputerà più la uccisione di un inviso rivale che la uccisione di uno sconosciuto consumata per lieve cagione, senza profitto nessuno? Il criterio della spinta che non risponde al tornaconto sociale, non risponde nemmeno alle gradazioni della moralità dell' azione; perchè urta un sentimento incancellabile nel cuore dell' uomo, pel quale si commisera più facilmente un delitto quanto più potenti ed energiche sono state le cause che hanno traviato il colpevole (1). Ogni regola perchè sia giusta bisogna che torni vera tanto in senso *affermativo*, quanto in senso *negativo*. Così se la quantità del delitto dovesse *aumentarsi* per l' aumento della spinta, dovria non solo aumentare *sempre* dove la spinta si accresce, ma dovrebbe *decrescere* dove decresce: e così divenir *minima* dove la spinta fu piccolissima. In un omicidio barbaro commesso di pieno giorno e in luogo popo-

Digitized by Google

loso, non vi fu nessuna speranza di impunità, nessun utile nel commetterlo: dunque infimo grado di spinta nei suoi principali elementi. Ad evitare queste assurde conseguenze si volle intrudere nella formula la considerazione dell' *audacia:* ma per la inseparabile opposizione che sta fra l' *audacia* da un lato, e la *facilità* di eseguire un delitto e il calcolo della sua *impunità* dall' altro lato, è evidente che l' elemento dell' audacia non svolge la dottrina di Romagnosi, ma la varia e la distrugge in radice.

(1) La teorica della *spinta* si volle accettare dal Feuerbac, il quale tentò di congiungerla con la sua dottrina fondamentale della intimidazione. Ma ne ebbe censura dallo Jonge *(de delictis vol. 2, pag.* 269) che appunto osservò — *Haec doctrina erroribus non vacat: non omnes noxii* stimulis animi *ex sensibus originem ducentibus, ad voluptatibus sensibus percipiendis fruendum moventur: uti ex. gr. illi qui male intellectis religionis vel libertatis studiis ad delicta committenda impelluntur: et perpaucae poenae variis stimulis animi motuum opponi possunt. Tandem delictorum gravissimorum* stimuli animi vel causae *minimi esse possunt.* Quali sieno le conseguenze alle quali porta la dottrina della spinta assunta come misura della quantità del delitto, ce lo mostrano tutti coloro che ne hanno svolto le logiche deduzioni. A modo di esempio, il Bensa *(summa juris naturalis lib.* 9, *art.* 2, *pag.* 185) ne trae diritto la conseguenza che dovendo la quantità del delitto proporzionarsi al bene che se ne spera ed alla probabile impunità, i delitti di prova difficile debbono punirsi più severamente per questa sola ragione che sono di prova più difficile.

Digitized by Google

§. 182.

Il sistema di Rossi ha tutta la sua specialità nel prendere a considerare come criterio della misura del delitto tre distinte specie di *male*

1.° male *materiale;* che è il nostro danno *immediato:*

2.° male *misto;* che è il nostro danno *mediato:*

3.° male *morale;* che si rappresenta dalla *violazione del dovere.*

Ma la introduzione di questo terzo elemento nel calcolo della gravità del delitto ha un doppio difetto. Il primo sta nel confondere l' ufficio del *criminalista* con quello del *moralista.* Il secondo sta nello *indefinito,* a cui sempre conduce la formula da lui suggerita.

§. 183.

Confonde l' ufficio del moralista con quello del criminalista. Infatti se il Rossi ci chiamasse a calcolare la importanza *politica* del dovere, la sua formula si unificherebbe con quella del danno sociale; mentre la importanza *civile* del dovere non ha altra norma che la importanza del *diritto* corrispondente. Ma il Rossi distinguendo nel suo prospetto dei *tre mali* del delitto la importanza del *diritto* offeso dall' importanza del *dovere* violato per farne due distinti criterii della quantità, evidentemente richiama il criminalista a porre sulla bilancia il dovere *morale* come elemento di gravità politica che ha una efficacia, secondo lui, tutta sua propria e diversa dalla gravità del male *materiale,* e dalla gravità del male ch' ei dice *misto,* cioè dallo spavento maggiore o minore dei cittadini.

Digitized by Google

In una parola egli pone il *dovere morale* come criterio indipendente dal dovere *giuridico* e dal dovere *politico;* e così al calcolo della *moralità esterna* sostituisce il calcolo della *moralità interna.* Ma il giure penale non avendo altra base di legittimità che la tutela giuridica, non può convertirsi in uno strumento della santificazione dell' anima. Non si punisce la violazione del *dovere morale* ma la violazione del *dovere giuridico,* cioè la offesa del *diritto.* E vi è differenza fra l' uno e l' altro: — 1.° perchè non ad ogni dovere corrisponde un *diritto esigibile* — 2.° perchè non sempre alla maggiore santità del dovere corrisponde *altrettanta importanza* pel mantenimento del diritto. Il *male morale* del delitto, che vorrebbe porre in calcolo il Rossi, non turba l' ordine esterno se non in quanto a lui risponda un aumento o di danno *immediato,* o di danno *mediato.* Per lo che il terzo elemento, nel quale si stringe tutta la novità di codesta formula, quando non è falso è inutile.

§. 184.

La formula rossiana ha poi il vizio dell' indefinito. Infatti, tenendo che i delitti si debbano misurare secondo la *importanza del dovere morale* violato, qual sarà la norma per misurare questa *importanza* del dovere? Il problema si scioglie con un problema in un argomento ove la scienza deve lasciare il meno possibile alle oscillazioni dell' umano arbitrio.

§. 185.

Può esservi un criterio morale costante per dire che certe azioni sono *cattive:* ma un criterio *pura-*

Digitized by Google

mente morale che sia universale e costante per dire che un' azione è *più* cattiva di un' altra, non vi è.

§. 186.

Nè vale rispondere, come fece Rossi, che il criterio per misurare la *importanza relativa* dei diversi doveri è nella *sensività morale*, e che si rivela mercè la *coscienza universale*. Imperocchè, anco ammessa nel senso morale della maggiorità degli uomini tale concordia e costanza che valga ad unificare la coscienza universale, rimarrà sempre arcano come possa la coscienza universale rivelarsi con certezza al legislatore. E finchè la misura dei delitti non si determini in un comizio, ne avverrà sempre che il legislatore sostituirà la coscienza *propria* (figlia delle sue abitudini, del suo stato, delle sue propensità ed affezioni) alla coscienza *universale*, scambiando quella con questa (1).

(1) Una stringente confutazione del sistema di Rossi trovasi nel Thiercelin (*Principes du droit pag.* 298, 299) e nel Tissot (*Le droit pénal etudié dans ses principes vol.* 1, *pag.* 106) ove riferisce gli energici argomenti del Rotteck contro la fatale tendenza di subordinare la giustizia punitrice ai principj della morale, che in lei può essere soltanto principio *negativo*. Nuova confutazione della pericolosa dottrina di Rossi ha fatto il Franck *philosophie du droit pénal pag.* 103. Già il Barbacovi (*de mensura poenarum, Trento* 1810, *pag.* 34) aveva censurato la dottrina di coloro che nella maggiore nequizia del delinquente volevano trovare ragione di elevare la quantità del delitto, osservando che tale sistema aveva il duplice vi-

Digitized by Google

zio di attribuire all' uomo gli uffici della divinità e di aprire un campo effrenato all' arbitrio. Il dolo e la violazione del dovere morale non aggravano il malefizio finchè si guardano nel mero punto della *moralità interna:* lo aggravano quando ne scaturisce una modificazione di *moralità esterna* in quanto se ne accresca la forza morale oggettiva del reato: ed allora la relativa contemplazione rientra sotto la contemplazione del danno mediato.

§. 187.

Il criterio accettabile come misura della quantità dei delitti non può esser dunque che quello del *danno:* formula che risale a Platone; formula *esatta*, e formula *razionale.*

§. 188.

Formula *esatta* meglio di qualunque altra. Perchè il *danno* non procede da elementi astratti o puramente intellettuali, sui quali si aprano nel sentire degli uomini divergenze e contradizioni: il *danno* si esprime con una materialità positiva, in faccia alla quale lo speculativo dileguasi. E questa, almeno entro certi limiti, costringe l' umano sentire ad una concordia che repelle l' arbitrio (1).

(1) Una speciale obiezione contro la formula del danno fu fatta dall' Hencke e ripetuta da Jonge (*de delictis contra rempublicam admissis vol.* 2, *pag.* 256) osservando che se il danno fosse la misura dei delitti, certi reati colposi perchè di danno gravissimo dovrebbero punirsi più di altri reati dolosi di danno inferiore. L' obietto non approda; 1.° perchè mostra di non comprendere che sotto la

Digitized by Google

formula danno si racchiude eziandio la contemplazione del *danno mediato;* 2.° mostra dimenticare la teorica del *grado* pel quale discende infinitamente la imputazione dei delitti indipendentemente dalla loro quantità: ed appunto la colpa (§. 265) si riferisce alla dottrina del grado.

§. 189.

La gravità del danno immediato si ragiona, secondo Carmignani, sui tre dati positivi — 1.° della maggiore o minore *importanza del bene* tolto col delitto — 2.° della maggiore o minore *reparabilità* del male — 3.° della sua maggiore o minore *diffondibilità.*

§. 190.

Formula *razionale.* Infatti la legge di natura non ha dato all' uomo autorità sull' altr' uomo soltanto perchè giustizia si compia in tutti i suoi dettati; nè perchè il malvagio espii la propria malvagità; nè perchè l'uomo sia vendicato; nè perchè sia corretto. L' esercizio della giustizia è delegato all' uomo sull' uomo per una *necessità di natura* onde abbia forza la legge dell'ordine mercè una sanzione *pronta* e *sensibile*, e sia difesa la umanità dai mali di cui sarebbe vittima se le malvagie azioni rimanessero senza freno.

§. 191.

Se dunque la difesa della umanità è quella non già che *crea* la ragione di giustizia, ma che legittima

Digitized by Google

l' esercizio della giustizia nel braccio umano, facile è vedere che la energia della repressione, ossia della difesa, deve essere in rapporto ai mali recati dalle offese. E che per conseguenza la gravità relativa di queste deve misurarsi sulla gravità relativa di quelli.

§. 192.

Ma la formula generica del *danno sociale* richiama nella sua applicazione a considerare, oltre il danno *immediato*, ancora il *mediato*. Così in questa formula si tiene conto tanto dell' offesa alla *sicurezza* quanto dell' offesa alla *opinione della sicurezza*. La considerazione del danno *mediato* non potrebbe assumersi come norma unica o prevalente della misura dei delitti, perchè l' aumento possibile di danno *mediato* per le accidentali *forme* assunte dalla esecuzione del delitto, può ripetersi a ciascun fatto, ma con influenza diversa. Laonde può funzionare come criterio accessorio o subalterno, ma non come principale archetipo della quantità.

§. 193.

La quantità relativa dei delitti diversi deve misurarsi dunque sul *danno immediato;* cioè sulla *forza fisica* oggettiva del delitto stesso.

§. 194.

A danno immediato *uguale* la quantità relativa dei delitti si modifica sulla norma del *danno mediato;*

Digitized by Google

cioè sulla *forza morale oggettiva* del delitto; la quale, come abbiamo veduto (§. 121) è il risultato della forza fisica del delitto e della sua forza morale soggettiva.

§. 195.

A cose ordinarie il *danno mediato* sarà proporzionale all' *immediato;* perchè tanto più si teme la perdita di un *bene*, quanto più è *importante* il bene minacciato. Ma le circostanze dalle quali è accompagnato un delitto possono essere cagione di aumento di danno *mediato* anche senza modificazione dell' *immediato*.

§. 196.

La considerazione del *danno mediato* viene così ad attribuire sulla quantità del delitto la debita influenza anche all' elemento del *dolo*, senza dare a questo elemento una potenza assoluta, che confonderebbe la nozione del peccato con quella del delitto. Laonde fu insulsa l' accusa che si diede alla formula del danno, di dimenticare la moralità dell' azione.

§. 197.

Il *dolo* considerato in sè stesso, come mero fatto interno, non potrebbe influire sulla quantità politica del delitto; perchè l' autorità sociale non esercita col magistero punitivo un sindacato della moralità interna, ma quello soltanto della moralità esterna.

Digitized by Google

§. 198.

Può dunque tenersi conto del *dolo* nella misura dei delitti solo in quanto il dolo influisca sulla *moralità esterna* dell' atto. E la moralità esterna di un atto criminoso si modifica appunto per l' aumento o decremento del *danno mediato*, ossia per il crollo maggiore o minore, che il fatto criminoso ha dato alla *opinione della propria sicurezza* nell'animo dei cittadini.

§. 199.

Una infrazione dei diritti altrui non aumenta di gravità perchè sia commessa con maggiore freddezza e con maggiore malizia, se non in quanto quella maggiore malvagità del proposito genera maggiore spavento nei cittadini, e così aumenta il *danno mediato*.

§. 200.

Se il dolo o la malizia aumentassero in un dato fatto senza niente influire sul danno *riflesso*, sarebbe un errore desumerne una aggravante al delitto stesso; perchè alla modificazione interna non rispondendo una modificazione esterna, l' autorità sociale col prenderla in considerazione eccederebbe i limiti del suo potere.

§. 201.

Anche la valutazione del *danno mediato* ha un criterio che procede da dati *positivi*. Gli elementi che fra

Digitized by Google

due delitti di danno *immediato* uguale ne accrescono la gravità relativa in ragione del maggior *danno mediato*, sono — 1.° la *violazione di più diritti* avvenuta per l' atto criminoso malgrado la identità di risultato materiale — 2.° la *minorata potenza della difesa privata.*

§. 202.

È chiaro che in due delitti di resultati materialmente uguali, lo spavento dei buoni sarà tanto maggiore quanto più saranno i *diritti* che il delinquente manomise per giungere a quel resultato (1); e quanto più le condizioni del fatto daranno ragione di sentire che le cautele del privato erano impotenti a ripararsene.

(1) Non sempre alla violazione di più diritti corrisponde un *risultato materiale* più grave: e in questi casi la ragione dell' aumento di quantità conviene cercarla piuttosto nell' aumento di danno mediato. Quando un furto è commesso con scasso si ha anche un aumento di danno nel risultato della porta infranta: ma questo criterio sarebbe meschino se sotto il solo rapporto della sua materialità si prendesse a considerare. L' aumento vistoso della quantità del furto per codesta circostanza non discende dal danno materiale dell' uscio guastato: ma dalla violazione del domicilio, e dalla minorata potenza della difesa privata. Nel furto proprio posto a confronto col furto improprio la diversa quantità non discende dal danno materiale che può elevarsi alla identica cifra; ma dall' essere in quello violato il diritto sì di dominio che di possesso, e in questo il solo diritto di dominio; e nella maggiore potenza che ha la cautela del proprietario di difendere le cose sue da questo anzichè da quello. Si ripetano quante volte si vuole le ap-

Digitized by Google

plicazioni, si troverà sempre che il variare del *danno mediato* malgrado la identità dell' immediato, corrisponde ai due criterii da me stabiliti.

§. 203.

In questa seconda considerazione unicamente risiede il principio che dà al *grado* del *dolo* una influenza sulla gravità politica del malefizio, e la ragione di tenere come più grave il delitto commesso con dolo di proposito. Questo infatti genera maggiore spavento precisamente perchè è più *difficile* alla diligenza del *privato* difendersi da un malvagio che preparò e maturò i proprii disegni. Non è la maggiore bruttura morale; è il maggiore pericolo sociale che rende *politicamente* più imputabile il dolo di proposito.

§. 204.

È questa la ragione per cui diviene influente sulla gravità relativa dei delitti anche la considerazione delle diverse *cause* impellenti al delitto, e dei diversi *mezzi* adoperati per consumarlo.

§. 205.

A quei due elementi si riduce tutta la teorica delle circostanze aggravanti o qualifiche nei delitti speciali.

§. 206.

Anzi la influenza del *danno mediato* nel calcolo della quantità dei delitti è tale che spesso modifica le pro-

Digitized by Google

porzioni desunte dal danno *immediato*. Onde avviene che un delitto il quale rappresenta un danno materiale minore dell' altro, e che a condizioni ordinarie ha una minore gravità, può per le circostanze dalle quali in una specie è accompagnato offrire tale eccedenza di danno *mediato* da soverchiare la quantità politica dell' altro rimasto nelle condizioni ordinarie (1).

(1) Da questi principii scaturiscono due conseguenze. La prima è che nel nostro sistema si fondono le due formule di Rossi e di Romagnosi, le quali si rigettano da noi in quanto si vogliono porre come assolute e cardinali, ma si accettano in quanto le medesime siano trasformabili nella formula del danno mediato. Così la violazione di un *dovere* ulteriore noi la valutiamo come ragione di aumento di quantità nel delitto quando la lesione di più diritti sia causa di aumento nei timori del pubblico (come nel parricidio) e la spinta criminosa noi pure la valutiamo quando per la medesima si minori la potenza della difesa privata (come nel latrocinio). La seconda conseguenza è che in ogni delitto deve riscontrarsi una *quantità naturale* rappresentata dal danno immediato, e una *quantità politica* rappresentata dal danno mediato, come verrò largamente mostrando nella *Parte Speciale*. Così avviene che la formula *quantità politica* ha nel nostro sistema due significazioni: l' una più vasta e generale indicativa della ultima resultante della quantità nei delitti, ed è questo il senso in cui l' adopero nella *Parte Generale:* l' altro più ristretto e che contrappone la *quantità politica* propriamente detta alla *quantità naturale* del malefizio. In questo secondo senso (che è quello in cui la userò nella *Parte Speciale)* la *quantità politica* esprime la risultante del danno mediato e la *quantità naturale* la risultante del danno immediato; mentre nel senso generale esprime il calcolo di ambedue gli elementi.

Digitized by Google

CAPITOLO VII.

Criterio del grado *nel delitto.*

§. 207.

Dal sin qui detto rilevasi che la *quantità* del delitto si misura dal combinato criterio della *forza fisica* e della *forza morale* del delitto, guardate queste due forze nei loro *risultati* del danno *immediato* e del danno *mediato*. Il *grado* nel delitto si desume dal criterio della *forza fisica* e della *forza morale* del delitto, guardate in principal modo nei loro *elementi*. Nella indagine sulla quantità si studia il fatto astrattamente guardato nella sua specie. Nella ricerca sul grado si esamina un fatto nelle eccezionali accidentalità del suo concreto modo di essere. Con questo metodo si riuniscono in una sola trattazione e le cause di *scusa*, e le cause di *non imputabilità;* perchè sebbene nei loro risultamenti distinte, pure tengono a principj o identici o analoghi, dei quali per tal guisa si semplicizza lo studio.

§. 208.

Quando lo *elemento morale* del delitto (che trovammo nel concorso dell' *intelletto* e della *volontà)* in un fatto speciale si riscontri minore dell' ordinario, o perchè deficiente o meno attivo fu l' *intelletto* dell'agente, o perchè deficiente o meno spontanea fu la sua *volontà*, avremo una degradazione del delitto nella sua *forza morale.*

Digitized by Google

§. 209.

Quando *l' elemento fisico*, consistente negli atti esecutivi del delitto, si troverà in un fatto speciale minore dell' ordinario, o perchè i *momenti fisici* dell'azione rimasero in parte deficienti o impotenti all' effetto voluto, o perchè non sono tutti attribuibili ad un solo individuo, avremo una degradazione del delitto nella sua *forza fisica*.

§. 210.

Queste generali nozioni vengono a chiarirsi mercè la loro applicazione. Solo deve avvertirsi come regola generale comune a tutte le circostanze o dirimenti o minoranti la imputazione, che sulla efficacia giuridica delle medesime deve in prevenzione stabilire i suoi precetti la legge: ma della loro ricorrenza nei casi speciali non può conoscere che il magistrato, perchè l' uomo deve esser condannato secondo la *verità* non secondo le *presunzioni*.

CAPITOLO VIII.

Del grado *del delitto nella sua* forza morale.

§. 211.

La forza morale soggettiva del delitto si compone di tutti i momenti che costituiscono l' *atto interno*, procedendo dalla prima *percezione* di un' idea fino al-

Digitized by Google

la ultima *determinazione* volitiva. Per avere in un delitto la pienezza della sua forza morale bisogna che nei due momenti della *percezione* e del *giudizio* sia stato l'agente illuminato dall' *intelletto;* e che nei due successivj momenti del *desiderio* e della *determinazione* abbia goduto la pienezza della sua *libertà*. Minorato o mancato il presidio del primo, si minora o cessa la imputazione; come si minora e cessa se è stato diminuito o tolto l'esercizio della seconda. Di qui la suddivisione del grado sotto il rapporto della forza morale soggettiva del delitto secondo che esso deriva dallo stato dell' *intelletto*, o dallo stato della *libertà* nell' agente.

Articolo I.

Del grado *rapporto all'* intelletto *dell' agente.*

§. 212.

Il concorso dell' *intelletto* dell' agente può nel fatto essere diminuito o cessato tanto per cause *fisiche*, quanto per cause *morali*.

§. 213.

Per cause *fisiche* o *fisiologiche*, quando la deficienza della forza intellettiva proviene da difetto o alterazione nell' organismo corporeo.

Per cause *morali*, o *ideologiche*, quando malgrado la perfezione abituale dei sensi e la piena attitudine dell' intelletto, questo in un dato momento mancò a sè stesso, perchè le idee dell' agente intorno ai rapporti dell' azione deviarono dal retto ordine logico; e da ciò nacque la infrazione della legge.

Digitized by Google

I.

Cause fisiologiche.

§. 214.

Le cause *fisiologiche* che potendo affliggere l'intelletto si devono prendere in esame per determinare se e quando siano influenti sulla imputazione, si riducono alle seguenti — 1.° l'età — 2.° il sesso — 3.° il sonno — 4.° il sordomutismo — 5.° la pazzia.

1.° *Età.*

§. 215.

Per conoscere quando e come l'*età* modifichi la imputazione in ragione dell'*intelletto* dell'agente, bisogna combinare i principii della scienza con la osservazione dei fenomeni della umana natura.

I primi ci insegnano che l'uomo non può essere responsabile delle proprie azioni, se non in quanto egli è capace di discernere il bene dal male.

Le seconde ci mostrano che l'intelletto dell'uomo, benchè al primo momento della nascita di lui abbia perfetta la potenza di svilupparsi, pure non giunge se non per gradi all'attualità del suo pieno servigio (1).

(1) Vedi Fraser *Dissert. an quatenus in criminibus imputandis aetatis delinquentium habenda sit ratio* — Engelkens *de imputatione propter aetatis defectum cessante* — Stryckius *de poenis impuberum (in ejus*

Digitized by Google

dissertationibus vol. 4, dissert. 22) — Schultz *de delictis puerorum* — Platner *de venia aetatis* — Moller *de eo quod justum est circa varias hominis aetates* — Kitka *della imputabilità criminale dei giovanetti negli scritti germanici pubblicati dal* Mori *vol.* 2, *pag.* 77: e fra gli antichi Narbona *de aetate* e Baronio *de effectibus minoris aetatis circa judicialia.*

§. 216.

Tre divergenze radicali s' incontrano negli scrittori in proposito dell' *età* considerata come causa minorante la imputazione. Si disputa infatti — 1.° se l' età debba assumere cotesto valore per ragioni di *politica* o per ragioni di *giustizia* — 2.° se l' età debba referirsi alle minoranti per la relazione che ha con l' *intelletto*, o per l' influsso che esercita sulla *libertà* del volere: — 3.° se debba o no ammettersi un periodo di *assoluta irresponsabilità* nella vita dell' uomo che cuopra l' agente da ogni molestia per presunzione *juris et de jure* (1). E sebbene le due prime questioni appariscano puramente speculative esse refluiscono essenzialmente sulla soluzione della terza, e su tutta l' economia pratica di questa escusante. Se la prima si scioglie nel senso del principio *politico*, la terza si deve risolvere affermativamente: negativamente si deve sciogliere se si considera l' età rimpetto alla pura *giustizia*. Se nella seconda si fa prevalere il concetto di un riguardo all' impeto giovanile che rende più irreflessiva la volontà, avremo nell' età una causa di *minorazione* soltanto: se si scorge nell' età una causa che rende insufficiente l' intelletto, potrà ravvisarsi in lei più

Digitized by Google

volentieri una *dirimente*. La terza questione è poi tutta vitale nella pratica applicazione.

(1) I sostenitori delle diverse opinioni e i loro argomenti si enumerano dall' Ellemeet *de minore aetate*.

§. 217.

La divergenza sulla terza questione non si limita all' accademia, ma si estrinseca nelle varie legislazioni moderne. Ammesso che nella vita umana debba esservi un periodo di *irresponsabilità* assoluta per presunzione di legge, l' autore del fatto che versi in tale periodo non può essere tradotto in giudizio per quanta precocità di malizia egli dimostri. E questo è il principio a cui si ispirano parecchi codici contemporanei (1). Reietto al contrario cotesto periodo, l' autore del fatto per quanto costituito in età giovanissima, deve essere inquisito e sottoposto ad una repressione quando risulti capace di dolo.

(1) Più tenaci per la tutela giuridica il codice Francese (art. 66) e il codice Sardo (art. 88) non riconoscono stadio d' *irresponsabilità assoluta*. Anche nel primo periodo della vita, che il codice Francese chiude ai 16 anni, e il Sardo a 14, ammettono la possibile capacità del dolo. E indistintamente sottopongono l' autore del fatto a criminale procedura ed anche a condanna, purchè il giudice nella coscienza sua dichiari che agì con *discernimento*. Il codice Prussiano del 1 luglio 1851 conserva la disposizione francese. E la imitò il codice Portoghese del 1852, il codice del Brasile, il codice delle isole Jonie, il codice di Neuchatel, e il codice Belga del 1867. Queste leggi non ammettono questione

Digitized by Google

di discernimento per l' agente che abbia varcato il sedicesimo e respettivamente il quattordicesimo anno ma non riconoscono stadio alcuno inferiore di assoluta irresponsabilità. Al contrario le leggi inglesi, il codice Bavaro, Ticinese, Napoletano, Badese, Spagnuolo, Toscano, il progetto Portoghese ed altri, fermano uno stadio più o meno esteso di assoluta irresponsabilità. Il sistema francese fu acremente censurato da Haus *observations sur le projet de révision du code pénal, vol.* 1, *pag.* 213, 214; e con tale solidità di argomenti da non lasciare dubbiezza. La idea di tradurre in giustizia e sottoporre alle indagini sul discernimento un infante nel quale il discernimento è impossibile, espone la pubblica giustizia al pericolo che un giudice zelante trovi il discernimento in un bambino di due anni; è un anacronismo in questi tempi di lumi e di civiltà. Anche Rossi aveva inveito contro siffatto scandalo. Quando in Francia si discusse la legge del 28 aprile 1832 per riformare il codice penale, fu proposto alla Camera dei Pari di fare il giudizio contro i minori di 7 anni a *porte chiuse* e *senza la presenza* dell' accusato; ecco la giustizia che si vergogna dei suoi atti. L' articolo rimase qual era; e tale qual' è fu riprodotto nel codice Sardo.

§. 218.

In questo conflitto noi pensiamo più esatto doversi referire l' età alle cause che dipendono dall' *intelletto*. Ed esponiamo la dottrina che ha prevalso in Toscana. Secondo la quale l' *età* per gli effetti penali dividesi in *quattro stadj*. I veri rapporti delle cose sono alla intelligenza del bambino circondati da una nebbia, che non si dirada se non lentamente col progredire negli anni, e mercè l' aiuto della istruzione e della esperienza. E secondo questo progresso della luce intellet-

Digitized by Google

tuale nell' uomo, nascere e progredir deve la imputazione dei suoi atti. Laonde i varj stadi non possono scientificamente esprimersi con un criterio *numerico* o con denominazioni desunte da una *materialità*, ma con un criterio tutto giuridico. E perciò direi — 1.° stadio d' *irresponsabilità assoluta* — 2.° stadio di *responsabilità condizionale* e meno piena — 3.° stadio di *responsabilità piena* — 4.° stadio di *responsabilità modificabile nei resultati*. Possono essere assoluti i principj che delimitano questi quattro periodi; ma non possono essere che relative le concrete *misure* della delimitazione. Ed è perciò che questa teorica non si può condurre all' ultima formula della sua pratica espressione, senza referirsi ad un qualche diritto costituito.

§. 219.

1.° STADIO — *Infanzia* (dalla nascita ai 7 anni) *e impubertà prossima all' infanzia* (dai 7 anni ai 12 (1)) — In ambedue i periodi di questo primo stadio, nessuna imputabilità in faccia alla legge civile. Presunzione *juris et de jure* che non ricorra nell' agente discernimento sufficiente per incorrere le censure della giustizia.

(1) Anco le legislazioni che ammettono la *irresponsabilità assoluta* in un periodo della vita umana, discordano poi nel determinare il punto in cui deve cessare questo stadio. Le leggi Inglesi, il codice del Perù ed il codice di Bolivia lo limitano a 7 anni. Il codice Bavaro a 8 anni. Il codice Napoletano, il codice di Malta e il codice Spagnuolo lo estendono a 9 anni. Il codice Ticinese, il codice di S. Marino e il nuovo progetto del codice Portoghese lo

Digitized by Google

spingono fino a 10 anni. Il codice Badese (§. 78), e il codice Toscano del 1853 art. 36 protraggono lo stadio d' irresponsabilità fino a 12 anni. Il codice del Vallese (art. 89) il codice di Vaud (art. 51), il codice di Fribourg (art. 52), il codice dei Grigioni (§. 45 n. 1) lo spingono fino agli anni 14. Potrebbe pensarsi che queste diversità tenessero alla considerazione dei climi e dei metodi di educazione dei diversi paesi. Ma ciò non corrisponde alle osservazioni del fatto. La divergenza è dipesa dall' accordare più o meno importanza al pensiero che la pena applicata ai giovanetti non risponda al suo fine politico. Ma il codice Toscano mostrossi poi, non so con quale coerenza, più severo del Badese quanto alla ricerca del discernimento.

§. 220.

Quando un uomo in questo stadio mostri una precoce malvagità, e uno straordinario sviluppo di mente, alle infrazioni che egli commetta provvede l' autorità di buon governo.

§. 221.

2.° STADIO — *Impubertà prossima alla minorità* (dagli anni 12 ai 14) *e minorennità* (dai 14 ai 18 compiti). Presunzione *juris tantum* di capacità a delinquere. Perciò in questo stadio l' uomo è chiamato a rendere conto delle sue azioni. Ma spetta al giudice ad esaminare se egli agì o no con sufficiente discernimento. Ove non trovi discernimento deve assolvere. Ove trovi che agì con discernimento deve imputarlo; ma con un grado minore di quello stabilito dalla legge pel maggiorenne.

Digitized by Google

§. 222.

La ricerca sul *discernimento* dell' agente deve essere ammissibile in tutti i *periodi* che si racchiudono in questo *secondo stadio*. Soltanto nel primo periodo *(impubertà prossima alla minoretà)* deve essere tale questione *obbligatoria* pel giudice: nel secondo periodo *(minoretà)* può lasciarsi *facoltativa* (1).

(1) Puccioni *(commentario al Codice penale toscano art. 37 e 38)* vorrebbe estendere più oltre l' *obbligo* dell' apposita questione sul discernimento. È singolare la coincidenza che mentre il codice Spagnolo del 1848 limita la ricerca sul discernimento ai 15 anni (art. 8), Valdeson *(théorie du code espagnol pag. 69)* commentandolo, vorrebbe che la facoltà di dichiarare la mancanza di discernimento si estendesse fino ai 21 anni.

§. 223.

La ragione per cui in questo stadio si ammette la ricerca sul discernimento nasce dalla osservazione che in qualche individuo, o per difetto di istruzione o per tardività naturale, lo sviluppo della facoltà intellettiva si fa più lentamente. E non può per una mera presunzione d' intelligenza accomodarsi una imputazione dove la intelligenza realmente si trovi imperfetta.

§. 224.

La ragione per cui in questo stadio si diminuisce sempre la imputazione si è questa: che sebbene il mi-

Digitized by Google

nore abbia capacità bastevole di mente per essere responsabile dei suoi atti, pure la sua mente non è ancora assodata, ed a lui manca la esperienza per bene usare del lume della ragione, e contrapporre i consigli di questa ai vivaci suggerimenti delle passioni.

§. 225.

La scusa della minore età procede sempre con più energia nei delitti causati dall' impeto degli affetti, perchè sulla giovinezza (per la connaturale sua precipitanza ad agire) esercitano le passioni veementi una coazione psicologica più potente.

§. 226.

3.° STADIO — *Maggiore età* (dai 18 anni compiti in poi). Questo è lo stadio in cui si applica il grado ordinario della imputazione secondo le condizioni speciali del fatto. L' intelletto a questo stadio ha raggiunto la sua maturità; e se altre circostanze non lo soccorrono di qualche causa minorante la imputazione, l' agente che trovasi in tale stadio non può sperarne alcuna dagli anni.

§. 227.

La ragione per cui mentre la età maggiore per gli *effetti civili* incomincia generalmente dopo i 21, ed anche in certi luoghi dopo i 25 anni, si vuole stabilire dopo i 18 per gli *effetti penali*, è intuitiva. Al fine

Digitized by Google

di comprendere tutta la importanza del proprio dovere in faccia alle leggi penali occorre minore capacità, minore esperienza e maturità di consiglio, che non occorra a bene amministrare le cose proprie, ed a difendersi dall' altrui callidità nelle contrattazioni.

§. 228.

4.° STADIO — *Vecchiezza.* Il periodo della vecchiezza e della decrepitezza, variamente determinate dai fisiologi nella vita umana, parve ad alcuni criminalisti dover fornire una minorante (1). Ma questo è un equivoco.

(1) Molti presero a considerare i privilegii che si dovevano alla vecchiezza — Struvius *de juribus et privilegiis senectutis* — Hommel *de juribus senum singularibus* — Schopffer *Gerontologia sive de jure senum.* Ma il privilegio di delinquere impunemente è arduo a sostenersi; ed anzi ciò che si dice dei privilegi dovuti alla età canuta contrasta direttamente allo assunto di trovare nei vecchi una minorata imputabilità. Tissot ricorda una legge chinese che esonera da ogni pena l' uomo il quale abbia compito gli anni novanta. Per esser logica codesta legge dovrebbe dichiarare l' uomo a codesta età incapace agl' impieghi, inabile alle professioni, interdetto a testare, a contrattare, e spogliato per fino della patria potestà. Un uomo dichiarato dalla legge irresponsabile non può più essere un cittadino attivo.

§. 229.

La vecchiezza può esser causa di diminuire la *pena*, come altrove osserveremo: ma ciò è ben differente.

Digitized by Google

È una inesattezza pur troppo frequente quella di confondere le minoranti la imputazione con le diminuenti la pena. La identità dell' effetto sensibile portò molti a farne un fascio, con grave pregiudizio della chiarezza scientifica ed anche con pericolo di equivoci nella pratica applicazione. Non si deserti l' analisi; e ogni ricerca ha il suo luogo. Qui si studiano le cagioni di ravvisare minore imputabilità nello autore di un fatto criminoso. Non si cerca nè la quantità del delitto in astratto, nè le convenienze o giuridiche o politiche di applicare al fatto una più o meno grave penalità.

§. 230.

La vecchiezza può condurre l' uomo alla *imbecillità;* e dirò ancora che ove si prolunghi, essa vi conduce per processo ordinario. Ma in questo caso la minoranza starà nella *demenza,* e non negli *anni.*

§. 231.

Ma la età senile *per sè stessa* non può minorare la responsabilità delle azioni che il vecchio commetta; mentre invece la società ha diritto di esigere da lui, per la sua esperienza e pel raffreddamento delle passioni, maggiore ossequio alla legge: e gli anni che a lui non tolsero la cognizione del bene e del male, gli impongono forse doveri maggiori. Anzi sotto il rapporto del *danno mediato,* il delitto del *vecchio* presenta nella sua *forza morale oggettiva* una intensità maggiore, che quello del giovine. Il senso morale proclama questa verità alla mente di tutti.

Digitized by Google

§. 232.

La teorica dell' età agli effetti penali conduce nella sua attuazione pratica a tre ricerche ulteriori circa la prova. E sono — 1.° *come si provi* la età — 2.° *chi* debba provarla — 3.° *in quale stadio* di giudizio se ne possa conoscere (1).

(1) Blanche *deuxième étude art.* 67, *n.* 206, 207.

2.° *Sesso*

§. 233.

Penso non doversi ravvisare nel *sesso femminile* una minorante della imputazione. Causa di modificare la pena il sesso può esserlo per riguardi alla sensibilità del reo, o alla pubblica decenza: ma di ciò altrove. Causa di sottoporre la donna ad una *imputazione* minore non vi è (1).

Si obietta — 1.° La intelligenza è minore nella donna che nell' uomo; e si vuol provare questa più limitata intelligenza argomentando dalle leggi civili e politiche — Rispondesi che quando fosse vero codesto supposto, non concluderebbe allo scopo. La intelligenza della donna è lucida ed ordinata quanto basta per tenerla capace di comprendere il debito che le corre, così in faccia alla legge religiosa e morale come in faccia alla legge dello Stato che la protegge; nè potrebbe farsi un codice eccezionale per la metà del genere umano. Nè vale che le leggi civili e politiche

Digitized by Google

diano minori diritti alle donne. Dalle tutele delle leggi civili e dalle incapacità politiche della donna, non può trarsi argomento in favore del sesso; perchè ad esser capaci di dolo non occorre sapienza politica, nè esperienza amministrativa.

(1) Alcuni pensarono che a favore della donna dovesse ammettersi la scusa della ignoranza di diritto; e Klein (*dissertat.* 19; *de innoxia mulierum juris ignorantia pag.* 881) si studiò a determinarne i casi. Certamente se la donna è offesa ricorda subito la legge penale correndo al giudice, e male può ammettersi che non la conosca quando offende. Ma ad ogni modo (quando anche volesse ammettersi cotesta dottrina assai ardita) la scusa sotto siffatta forma non sarebbe una minorante propria del *sesso* ma di una accidentalità che rendette valutabile l'errore di dritto.

§. 234.

Si obietta — 2.° Che la donna è più gracile di complessione, più debole assai dell'uomo nel suo organismo — Rispondesi esser questa una buona ragione per esonerare la donna da certe forme di penalità faticose, e soverchianti le sue abitudini e le sue forze corporee: essere in una parola una buona ragione, come a suo luogo vedremo (§. 726), per diminuire la pena; ma non esserlo altrettanto per minorare la imputazione. Niente ha che fare la forza corporea con la moralità dell'azione.

§. 235.

Si obietta — 3.° Che la donna è più volubile per natura, che ha una eccitabilità nervosa maggiore, che

Digitized by Google

è più timida, più modesta dell' uomo; e si è detto perfino da uno scrittore che è più labile di memoria — Ma dalla sua volubilità, eccitabilità nervosa, e sensività. maggiore, non può trarsi buono argomento per ravvisare nel delitto da lei commesso una *forza morale* minore di quella si ravvisi nel delitto del maschio. Tutte le specialità fisiologiche delle femine non fanno in loro meno lucida la percezione, nè meno libero il volere: e se di tali cose dovesse tenersi conto alla donna, sarebbe logica necessità tenerne conto anche all' uomo che in pari condizioni si trovasse. Neppure può trarsi argomento dal pudore e modestia, che si asserisce esser connaturale alla donna: imperocchè sotto questo rapporto avendo la donna maggiori ostacoli da superare per giungere al delitto, mostra col delinquere una maggiore malvagità di proposito (1).

(1) Intorno alle condizioni giuridico politiche della donna sotto il punto di vista storico sono da consultarsi; Bachofer *das mutterrecht, Stuttgart* 1861 — Gide *sur la condition de la femme*, *Paris* 1867.

§. 236.

Un insigne criminalista ha recentemente riassunto la protezione del sesso femminile in faccia alla punitiva giustizia, e con vedute lodevoli e filantropiche ha tentato sottrarre alla scure del carnefice la metà del genere umano ricorrendo a nuove ed ingegnose osservazioni, onde persuadere che il delitto commesso dalla donna sia politicamente meno imputabile di quello

Digitized by Google

commesso dall' uomo. Lodo la santità dell' intendimento, l' ingegno adoperato per farlo trionfare, e la novità dei concetti. Ma scientificamente non posso recedere dall' insegnamento di Rossi, che rappresenta la dottrina prevalente oggidì.

Queste novelle obiezioni a favore del sesso sono — 4.° che il delitto della donna presenta un *danno mediato* minore di quello dell' uomo — Ma questo potrà esser vero in ordine a certi delitti, nei quali il sesso offre ostacoli o difficoltà maggiori: non lo è però per quei delitti che possono con uguale facilità ripetersi per parte della donna come per parte dell' uomo, e molto meno per certi reati che la storia dimostra essere prediletti dal sesso debole.

§. 237.

Obietta — 5.° Che la donna è più *corrigibile* dell' uomo; e lo prova colla statistica delle recidivanze — Ma questo argomento parte dal presupposto che nella *correzione* del delinquente trovisi il *fine* della punizione. Ed io vorrei che questo principio potesse tenersi per vero, perchè la logica inevitabile conseguenza di codesto postulato sarebbe l' abolizione della pena di morte. Ma poichè non tengo per vero codesto principio (§. 645) e se ne ricusa l' applicazione nel più importante dei suoi corollarii, non trovo nella più agevole corrigibilità di un individuo ragione per dirlo meno imputabile alloraquando delinque. Se d' altronde la corrigibilità, che è una previsione, portasse seco la minoranza della imputazione, la *correzione* effettiva, che

Digitized by Google

è un fatto reale, dovrebbe per buona logica condurre a far cessare la pena del delinquente corretto (1).

Obietta finalmente — 6.° che la donna è meno dell' uomo *proclive a delinquere:* e lo prova apodittica-mente con vasti dati statistici — Ma si deve tener calcolo degli ostacoli maggiori e delle minori occasioni che ha la donna a cadere in certe specie di delinquenze. E si deve aggiungere che per ragione di codesti maggiori ostacoli la energia della volontà criminosa si palesa maggiore nella donna che delinque. Ma anche prescindendo da ciò, non può ammettersi la efficacia di codesto argomento, poichè non è vero il principio sul quale esso necessariamente si asside. Non ammettendo che per la frequenza di certi delitti si possa aumentare la *pena* (§. 698) molto meno posso ammettere che se ne abbia motivo di aumentare la imputazione. E questa sarebbe necessariamente la base dell' obiettato argomento; perchè per la indole dei correlativi tanto vale il dire che la donna s' imputa meno, quanto il dire che l' uomo s' imputa più. E quando un condannato dimanda perchè si punisca più lui che la sua correa, non parmi sia persuadente risposta il dirgli, ti punisco di più perchè sei uomo, e perchè trovo più delinquenti fra gli uomini che fra le donne. D' altronde nel calcolo della responsabilità della donna delinquente non può prendersi in considerazione ciò che non le è personale. Sarà minore il numero delle donne che delinquono; ma la donna che ha delinquito, appunto perchè la eccezione è più rara, bisogna dirla più corrotta e malvagia dell' uomo che fa altrettanto; o per lo meno bisogna dirla ugualmente

Digitized by Google

responsabile: e tanto basta. Affermisi pure, se vuolsi, che le donne sono più *morali* degli uomini perchè più raramente delinquono; ma la donna che ha delinquito non può trovare scusa alla sua immoralità nella moralità delle sue compagne (2).

Tale è la opinione che, rispettando le convinzioni difformi, io professo. Trovo nel sesso una circostanza diminuente la pena; non so persuadermi a trovarvi una minorante della imputazione.

(1) Io mi soscrivo interamente alla sentenza dello Ionge (*de delictis vol. 2, pag. 297*) *Civitas genere poenae, et adminiculis quibus uti potest, conari debet (quantum fieri licet) noxium tanquam civem, et tanquam hominem emendare; verum hoc numquam juris puniendi principium esse potest.*

(2) Questa confutazione di Bonneville fu riprodotta ed esornata da Wahlberg (*Eco dei tribunali n.* 1366) ove aggiunge che se dovessero prendersi a norma della imputazione i dati statistici raccolti da Bonneville, i medesimi imporrebbero che più si punissero le delinquenti vedove che non le maritate, essendo incontrastabile che tra le prime il numero delle colpevoli è assai maggiore che non tra le seconde: così si andrebbe ad una casuistica che metterebbe in caricatura la proporzione delle pene.

3.° *Sonno.*

§. 238.

Gli atti commessi nel *sonno*, quantunque in quegli individui che vanno soggetti al fenomeno misterioso del *sonnambulismo* presentino a primo aspetto il sem-

Digitized by Google

biante della intelligenza, sono puramente macchinali, e non diretti da una volontà razionale, nè dalla coscienza delle proprie operazioni. Perciò tutti consentono che non possa all' uomo obiettarsi il *dolo* per ciò che fece nel sonno (1).

(1) Beutel *de jure circa somnum et somnia cap.* 5, *de jure circa somnia in delictis* (*in* Thomasio *dissertat. juridicae vol.* 1, *diss.* 11) — Ippius *de delicto et poena noctambulorum sive dormientium et somniantium cap.* 2, *an et quousque obligentur noctambuli dormientes, somniantes, ex maleficio.*

§. 239.

Si ammette per altro che possa al *sonnambulo* obiettarsi la *colpa:* non già per quello che egli fece *nel sonno*, ma più propriamente per le cautele che non usò *quando era desto* se, conscio della propria infermità, potè prevedere che questa lo avrebbe guidato a violare la legge dormendo, e non provvide ad impedire siffatto male. Ma di questa eccezionale avvertenza sarà rarissima l' applicazione.

§. 240.

Non può accettarsi come praticamente possibile e meritevole di speciale provvedimento, la fantastica ipotesi di un sonnambulismo *vero* ma *affettato:* cioè di un disegno diretto a preparare a *sè stesso nel sonno* i mezzi di commettere un delitto *deliberato vegliando.*

Digitized by Google

4.° *Sordomutismo.*

§. 241.

Il filosofo che reietta la dottrina del sensismo, riconosce nell' anima umana la potenza di supplire anche al difetto di un senso per raggiungere una netta nozione delle cose, bisogna però che riconosca una limitazione a questa teoria nella percezione delle idee astratte (1).

(1) Questa comune opinione è stata recentemente combattuta con molta dottrina dal Professor Veratti di Modena. Nella sua opera *sulla imputabilità dei sordo-muti* egli sostiene all' appoggio di molti fatti da lui raccolti che anche il sordo-muto non istruito possa essere imputabile.

§. 242.

Le idee astratte, quali son quelle di dovere, di diritto, di giustizia, non si acquistano dall' uomo se non mercè la comunicazione che ne riceva per l' udito dagli altri uomini. Il veicolo necessario alla comunicazione delle idee astratte è la *parola:* gli altri sensi possono farci acquisire la nozione del giure penale come *fatto materiale*, ma non la nozione della sua *giustizia.* Non è che a tali aspirazioni sia indispensabile all' anima umana l' aiuto dei sensi. Ma le occorre un senso che serva a porre in comunicazione la intelligenza del bambino con le intelligenze altrui. Le anime sciolte dagli organi avrebbero questa potenza in loro stesse; per-

Digitized by Google

chè la comunicazione dei pensieri si forma tra loro per una intuizione reciproca. Ma finchè l' anima è imprigionata nel corpo non vi è contatto fra intelligenza ed intelligenza, se non per mezzo degli organi, e più specialmente dell' udito e della loquela.

§. 243.

La impotenza pertanto in cui trovasi quell' infelice che gettato in mezzo agli uomini senza l' organo dell' udito non ebbe mezzo di acquisire dall' altrui voce una lucida percezione della idea di diritto e di giustizia, fu causa che si dettassero speciali precetti intorno alla sua capacità giuridica (1) e si accogliesse un tempo come regola la non imputabilità del *sordo a nativitate.*

(1) Guyot *de jure surdumutorum* — Gasser *de inquisitione contra surdum et mutum natura talem* — Vivé *sur les délits des sourds-muets.*

§. 244.

Quando per altro un benefattore della umanità ebbe ideato il metodo portentoso di istruire i sordomuti, e quando correndo sulle sue orme si utilizzò a pro loro la parola scritta come equivalente alla parola parlata, si compartì a cotesti infelici il mezzo di giungere a concepire le idee astratte supplendo col senso della vista al difetto dell' udito. E allora dovette bene riconoscersi che anche i *sordomuti* potevano divenire responsabili in faccia alla legge civile.

Digitized by Google

§. 245.

Perchè dunque al *sordomuto* possa senza ingiustizia attribuirsi capacità di delinquere, sarà necessario al giudice accertarsi che il giudicabile affetto da tale infelicità era stato istruito per guisa da poter formare un retto giudizio delle proprie azioni, delle conseguenze loro, e dei loro rapporti razionali con la legge penale

§. 246.

Ove ciò risulti il giudice dichiarando il concorso del *discernimento* in quella data azione del *sordo-muto* la quale rappresentò la infrazione della legge, verrà a dichiarare la responsabilità di lui in faccia alla legge stessa. La formula del *discernimento* non è, come parve al Giuliani, equivalente a quella d' *istruzione*. La parola istruzione tanto può esprimere il *fatto causante*, quanto l' *effetto causato*. La responsabilità non nasce dalla istruzione data; ma dal risultato dell' acquisizione dei lumi. Dicendo che il sordo-muto sia imputabile quando è *istruito*, si rischia che un giudice sul certificato della istruzione data al sordo-muto lo dichiari responsabile quantunque sia rimasto un idiota. D' altronde neppure lo stesso fatto causante potrebbe definirsi da una legge *a priori* senza scendere a determinare il metodo e il grado della istruzione fornita. Ottima adunque ed esatta è la formula del *discernimento;* essa sola risponde al principio che non ammette si condanni per presunzione: e la cognizione del

Digitized by Google

discernimento bisogna per necessità consegnarla alla coscienza del magistrato.

§. 247.

Ma ciò non ostante se per tale verificazione il *sordomuto* apparirà politicamente imputabile, lo sarà però sempre in un grado minore dell' ordinario; perchè un riguardo dovrà aversi alla sua infelicità, e perchè rimarrà sempre un *dubbio* che tale infortunio, di cui egli non è causa ma vittima, abbia in qualche guisa lasciato torbide le sue idee e *influito* sulla sua delinquenza.

5.° *Pazzia*

§. 248.

La *pazzia* (1) considerata come circostanza dirimente la imputazione, può definirsi — *un abito morboso che togliendo all' uomo la facoltà di conoscere i veri rapporti delle sue azioni con la legge, lo ha portato a violarla senza coscienza di violarla.*

(1) Lo interesse e larghezza maggiore che va ogni giorno ricevendo per la dottrina psichiatrica l' argomento della pazzia, dovrebbe attribuirsi non solo allo sviluppo generale odierno di tutte le scienze, ma alla maggiore frequenza attuale di questo fenomeno, che si volle dichiarare progrediente in proporzione della civiltà; come prese a dimostrare Brierre de Boismont *de l' influence de la civilisation sur le développement de la folie.*

Digitized by Google

§. 249.

Da questa nozione discendono tre conseguenze:

1.ª Che la sola mania *intellettuale*, o mania *con delirio*, può escludere la imputazione. E la esclude sia che presentisi sotto la forma di *imbecillità*, o di *demenza*, o di *furore*. Non la mania *morale*, o *senza delirio*; la quale moralmente e politicamente guardata non diminuisce la responsabilità dell' agente, perchè non altera la potenza intellettiva, nè distrugge la libertà di eleggere. La forza che una mala tendenza eserciti sulla determinazione del maniaco morale aumenta la ragione che ha la società di temerne, senza diminuire la sua responsabilità (1).

2.ª Che la mania intellettuale esclude sempre la imputabilità quando è *vaga*, o *totale*. Ove sia *fissa*, o *parziale* la esclude soltanto se fu *efficace*: cioè se *influì* sulla determinazione ad agire (2).

3.ª Che la durata maggiore o minore dell' alterazione morbosa niente influisce sulla imputabilità, purchè l' accesso sia concomitante all' azione criminosa; laonde anche un *furore transitorio* può affatto escludere la responsabilità dei propri atti. Ed invece anche il maniaco *con delirio* se delinque nello stato di *lucido intervallo*, è responsabile del proprio fatto. È giusta la osservazione del Robert che vi è differenza grandissima nel valutare la pazzia per gli effetti *civili* e per i *penali*. Per quelli a causare la interdizione bisogna che abbia una *permanenza* o *continua* o *intermittente*: per questi basta che sia intervenuta in quell' *unico* momento. È questo il caso del furor transitorio.

Digitized by Google

(1) Dissente modernamente una scuola medica della quale sarebbe troppo lungo enumerare i sostenitori. In sostanza la sua tesi si riassume nel sostenere che nell' uomo la volontà non possa essere ammalata senza essere ammalato lo intelletto: può vedersi Mandon *histoire critique de la folie, Paris*, 1862. Ma sotto il punto di vista giuridico certe teorie sarà assai difficile che giungano a farsi accettare: in tale aspetto la materia è riassunta da Legrand du Saulle *la folie devant les tribunaux*, *Paris* 1864. Gli antichi guardarono molto superficialmente i problemi relativi: Frommann *de jure furiosorum* — Hommel *de temperandis poenis ob imbecillitatem intellectus.*

(2) Questa formula esattissima, accettata ormai dai giuristi, fu posta innanzi da Mittermaier nella sua dotta dissertazione *de alienationibus mentis, Heidelberg* 1825. Di tale scritto assunse la confutazione il Grohmann *de mentis alienationibus, Kamburgi* 1827. Ritornò più volte su questo argomento il dottissimo Mittermaier non solo in apposita dissertazione pubblicata nel 1838 (che fu tradotta da Ulloa *discorsi vol.* 1, *pag.* 237) ma in altre moltissime monografie. E recentemente quando a lui piacque onorare di un resoconto la seconda edizione del mio *Programma*, censurando ciò che io aveva insegnato sulle orme sue in proposito della mania parziale, parve recedere egli stesso dalla sua antica opinione dicendola contradetta dagli ultimi pronunziati della scienza. Con ciò alludeva alla moderna dottrina medica riassunta da Brierre de Boismont nella sua Memoria letta all' Accademia delle scienze nella seduta del 3 Agosto 1863, ed in altri suoi scritti; dove lo illustre medico prese a mostrare che quando l' uomo pensa è tutto il cervello che pensa, laonde anche un' affezione parziale del cervello modifica per intero la intelligenza e rende assurda la tesi di una irresponsabilità meramente *parziale.* Io non ho lumi per giudicare le basi di tale dottrina: ma sotto il riguardo pratico giuridico non saprei adattarmi ad esonerare da ogni responsabilità certi uomini che godono in

Digitized by Google

società la pienezza dei loro diritti quantunque affetti da una manìa o da una allucinazione parziale, appunto perchè in tutto il rimanente dando non dubbi segni di acuta e completa intelligenza sarebbe ingiusto chiuderli in un manicomio o trattarli eccezionalmente come insensati. Se dunque costoro malgrado la loro parziale manìa hanno ragione di essere mantenuti nel godimento dei diritti di cittadino, bisogna bene che sopportino la responsabilità. Vedasi Blanche *études sur le code pénal, deuxième étude, art.* 64, *n.* 175. Che anzi dove pure certi diritti fossero interdetti ad un uomo per una manìa parziale (come avviene dei prodighi i quali in certi casi possono veramente dirsi vittime di una manìa, cosicchè le leggi romane li equipararono ai furiosi) pure non potrebbe accettarsi in massima la loro irresponsabilità: Richter *velitationes velit.* 40, *pag.* 795.

§. 250.

Anche nel caso di manìa parziale non efficace, e di atto commesso nel *lucido intervallo*, se si mantiene il principio della *responsabilità*, è per altro di giustizia concedere una *minorazione* di imputazione (1). E ciò tanto per riguardo di umanità, quanto perchè quella innormalità delle potenze intellettive lascia sempre sospettare che la infermità abbia potuto esercitare una qualche influenza sul delitto. D'altronde sente ognuno che in questi casi il danno mediato è sempre minore. È inutile avvertire che la pazzìa *simulata* non può esser mai di scusa al delitto. Bensì giova ricordare che tutte le indagini di fatto relative alle condizioni della pazzia bisogna rilasciarle al giudizio del magistrato (2) nè possono definirsi *a priori* dalla legge.

(1) Discordi furono gli antichi sull'apprezzazione dei *lucidi intervalli*, come si rivela dalle dispute fra Gomez (*va-*

Digitized by Google

riar. resolut. lib. 3, *cap.* 1, *n.* 72) e Fachineo (*controversiae juris lib.* 9, *cap.* 3) ma oggigiorno la dottrina è concorde nel senso che espongo: Friedreich *della imputazione dei pazzi nel lucido intervallo* (nelli *scritti germanici* raccolti dal Mori *vol.* 3, *pag.* 17).

(2) Tomasio con una dissertazione sottilissima secondo il suo stile, pretese di stabilire *a priori* dei canoni per giudicare la pazzia. Filangieri, benchè niente fautore dell'arbitrio del giudice, ammise la necessità di ricorrervi per queste verificazioni. Carmignani censurò acremente il Filangieri per siffatta dottrina. Niccolini alla sua volta censurò Carmignani, e ristabilì la dottrina di Filangieri; che è la sola praticamente accettabile. Bisogna però che il giudice in queste ricerche deferisca dal giudizio dei periti medici, se non vuole incorrere taccia di presuntuoso e porre a pericolo la giustizia. Che se le opinioni dei periti medici si scindano sopra alcuna di tali questioni, e le opinioni siano per l'uno e per l'altro lato autorevoli, il giudice pone in quiete la sua coscienza abbracciando la opinione più mite. Facendo altrimenti incorrerà non solo la taccia di presuntuoso, ma anche quella di feroce. Della prova della pazzia nel punto di vista pratico legale trattò recentemente Blanche *deuxième étude art.* 64, *n.* 178; ove esaminò la questione della influenza che può avere sul giudizio criminale la sentenza del tribunale civile che abbia interdetto per pazzia.

II.

Cause ideologiche.

§. 251.

Le cause *morali*, o *ideologiche*, per le quali a certi momenti si rende nell' uomo inefficace la potenza in-

Digitized by Google

tellettiva di cui d' altronde egli è completamente fornito, sono la *ignoranza* e l' *errore.*

§. 252.

La *ignoranza* consiste nell' *assenza* di qualunque nozione intorno ad un oggetto. L' *errore* in una nozione *falsa* circa un oggetto. La ignoranza è uno stato *negativo* dell' animo: l' errore uno stato *positivo.* Metafisicamente guardati la ignoranza e l' errore sono distintissimi fra loro.

§. 253.

Ma siccome il giure penale non si occupa delle condizioni dell' animo se non in quanto furono *causa di azione;* e siccome lo stato di *ignoranza* come puramente *negativo,* non può esser *causa* di *azione;* così il criminalista non ha occasione di portare le sue osservazioni sulla *ignoranza,* ma soltanto sull' *errore* (1).

(1) Anche Savigny unificò la *ignoranza* e l' *errore* quanto agli effetti giuridici. Ma andando in un concetto opposto insegnò che tutto era *ignoranza*, poichè l' *errore* sempre nasce dall' ignorare una qualche cosa. La dottrina dell' errore nelle materie penali fu nitidamente svolta da Renazzi *elementa juris criminalis lib.* 1, *cap* 8.

§. 254.

L' errore cade sui rapporti dei proprii atti con la legge tanto se conoscendo la *legge* si erra sulle *condizioni* che accompagnano il *fatto*, quanto se ben

Digitized by Google

conoscendo le *condizioni del fatto*, si erra circa la esistenza della legge proibitiva del fatto stesso. Così l'errore guardato in ordine all'*oggetto* su cui cade, può essere o *di fatto* o *di diritto*.

§ 255.

L'errore può nascere da una allucinazione dell'intelletto, di cui l'uomo coll'adoprare cautamente i sensi e la ragione si *poteva liberare;* o può aver causa da un abbaglio che tutta la più accurata diligenza *non potea dileguare*. Così l'errore guardato nella sua causa, dividesi in errore *vincibile*, e *non vincibile*.

§. 256.

Finalmente la falsa nozione che avviluppò la mente potè esser tale, che data anche la sua verità, *rimanesse sempre la criminosità* dell'azione: e potè esser tale che se fosse stata vera, la criminosità *sarebbe sparita*. Così guardato nel rapporto della sua *influenza* sulla criminosità dell'azione, l'errore dividesi in errore *accidentale* ed in errore *essenziale*.

§. 257.

Poste queste nozioni, ecco le regole secondo le quali si valuta l'errore come circostanza modificatrice della imputazione.

§. 258.

1.° — L'errore di *diritto* non scusa mai. Esige politica che si presuma nel cittadino la cognizione della

Digitized by Google

legge penale, che d' altronde è debito di ognuno di conoscere.

§. 259.

A cotesta regola può farsi moderata limitazione nel caso di *forestiero*, giunto *di recente* nel territorio dominato dalla legge che egli violò; purchè per altro nell' atto da lui commesso ricorrano queste due condizioni 1.° che non sia riprovato dalla *morale* 2.° che non sia proibito *nella patria* del forestiero medesimo. Cosicchè questa eccezione è tutta propria delle *trasgressioni;* difficilmente applicabile ai *veri delitti* (1).

(1) La regola che l' *errore di diritto* non scusa ha però bisogno di una dichiarazione che non vidi fatta da alcuno, forse perchè giudicata inutile. Non scusa l' errore di diritto quando cade sulla legge penale: ma può scusare benissimo se cade sopra altre leggi. Per esempio la figlia che alla morte del genitore occupa le sostanze lasciate da lui e ne dispone, non potrà condannarsi come rea di furto, o di espilata eredità, quando ragionevolmente alleghi di non aver conosciuto la legge civile che deferiva la successione agli agnati più remoti. Qui manca il dolo. Qualunque errore per cui fermamente si creda propria la cosa che è altrui, esclude la nozione giuridica del furto. Largamente sulle ragioni di negare ogni scusa all' errore di diritto anche nei delitti di creazione politica dissertò Wan Pelt *de ignorantia et errore in delictis* §. 14. *pag.* 31 — Vedasi anche Bonfils, *de la competence pag.* 280.

§. 260.

2.° — L' errore *di fatto* esime da ogni imputazione quando fu *essenziale*, e *invincibile*. In nulla peccò chi

Digitized by Google

non credea di peccare, quando non gli era possibile di illuminarsi sulla pravità del suo fatto.

§. 261.

3.° — L' errore di fatto anche invincibile non scusa se è *accidentale*, o *concomitante*. La volontà fu diretta al delitto; le varietà degli effetti, quando non modificano il delitto, non sono valutabili. E se lo modificano (e debbano per conseguenza attendersi), ove lo modifichino in *meno* sarà l' *evento*, non sarà l' *errore* che gioverà al colpevole (1); ove lo modifichino *in più*, l' errore in ordine alla circostanza variata diverrà *essenziale*. Cosicchè resta costantemente vera la formula che l' errore *accidentale* non scusa.

(1) Sulle varie configurazioni dell' errore di fatto Six (*de errore facti in delictis, pars.* 1, *pag.* 10) riferisce le dispute tra Feuerbach e Titmann; e alla *pag.* 60 svolge la distinzione fra *errore nell' obietto, errore nell' evento*, e *aberrazione*: tre casi nei quali la differenza è pronunciatissima, e che vogliono essere distintamente esaminati e giudicati.

§. 262.

Così se alcuno volendo uccidere Cajo, uccida Tizio, sarebbe errore il pretendere che costui sia responsabile di *tentato omicidio* contro Cajo, e di *omicidio involontario* a danno di Tizio (1). È reo dell' omicidio di Tizio: e quest' omicidio è *volontario*, perchè la volontà dell' agente era diretta alla morte di un cittadino ed il suo braccio l' ha operata.

Digitized by Google

(1) Qualche scrittore germanico pretese sostenere siffatta tesi. Altri la confutarono senza discriminazione. L'Haus (*Cours de droit criminel n.* 135) concilia le divergenti opinioni distinguendo così: si è ucciso un individuo credendo che fosse Cajo mentre invece era Pietro, ed allora siccome il risultato dell'azione è stato quello che si voleva perchè l'*individuo* colpito è *materialmente* quello contro cui si dirigeva l'azione; così in questi termini non si deflette dal titolo di omicidio volontario. O invece si è scagliato il colpo contro Cajo, e si è ucciso Pietro che gli era vicino; ed allora si avrà un omicidio tentato o mancato a danno di Cajo, e un omicidio involontario a danno di Pietro. Vedasi Six *de errore facti in delictis pars altera, pag.* 40. *e pag.* 54, 55 — Pfotenhauer *de delicto per errorem in persona commisso:* e ciò che dirò a §. 1136 e segg.

§. 263.

4.° — L'errore di fatto essenziale quando è *vincibile* esime dalla imputazione in ragione di *dolo*, ma vi sostituisce la responsabilità in ragione di *colpa*. Fu una *omissione volontaria* di diligenza il non riflettere a ciò che avrebbe dileguato l'errore. Questa volontaria omissione fu *causa* della infrazione della legge. Dunque rimane una responsabilità.

§. 264.

Così l'errore *vincibile*, al pari della *colpa*, se non vale come causa *dirimente*, vale però come *minorante* la imputazione. In tal guisa la *colpa* trova la sua sede nella teoria del *grado;* perchè modifica grandemente, e talvolta perime l'imputazione: come ve la trova il *caso*, che sempre la distrugge.

Digitized by Google

§. 265.

Ma fra l' *errore vincibile* e la *colpa* ontologicamente guardati, intercede questa diversità; che nella colpa *non si sono previste* per negligenza *tutte le conseguenze materiali* del proprio fatto, e manca ogni direzione dell' intenzione verso l' evento che si è prodotto. Nell' errore *vincibile* le *conseguenze materiali* del fatto *si sono previste* e *volute*, ma non si è prevista per negligenza o per un equivoco di fatto, la conseguenza *giuridica* della violazione della legge che stava in quell' evento.

§. 266.

Quale sia il criterio della colpa e della sua graduabilità, e come si distingua dal dolo e dal caso lo notammo (§. 88) di sopra.

§. 267.

La imputabilità della *colpa* procede così rapporto alla causa *immediata*, come rapporto alla causa *mediata* della infrazione; purchè nei loro atti respettivamente ricorra l' elemento *morale* desunto dalla prevedibilità, e l' elemento *fisico* desunto dalla efficienza positiva degli atti medesimi. Ma la respettiva imputabilità non varia per essere la causa o mediata o immediata: sempre subisce il criterio della prevedibilità; nè la responsabilità dell' una esclude la responsabilità dell' altra agli effetti penali (1).

Digitized by Google

(1) La penale responsabilità della *causa mediata* nelle lesioni colpose è stata riconosciuta da un giudicato della Corte di Cassazione di Francia del 16 Giugno 1864. Trattavasi di un infortunio avvenuto ad un operajo; erasi stabilito che vi era stata imprudenza per parte dell' operajo stesso; ma che altresì vi era stata negligenza per parte dell' intraprenditore del lavoro, e la negligenza dell' intraprenditore si faceva consistere — 1.° nel non avere somministrato all' operajo la scala occorrente, ed averlo così costretto a costruire un ponte — 2.° nello avere osservato visitando il lavoro, che quel ponte era male costruito, e minacciava la caduta che poscia avvenne, ed avere tollerato che si continuasse ad usarne. In questi termini di fatto fu dichiarata la responsabilità penale dell' intraprenditore. Vedasi Morin *Journal du droit criminel n.* 7973. Questa dottrina però della responsabilità della causa mediata nei fatti colposi, che procede a parer mio in presenza di *atti positivi* dell' uomo cui si rimprovera di essere stato causa mediata dell' infortunio, difficilmente potrebbe estendersi ad *atti* puramente *negativi* ed alla ipotesi di una completa inazione.

§. 268.

La regola che la *colpa* porti notevole *diminuzione* nella politica imputabilità è inconcussa. Divergono però le opinioni circa l' effetto *dirimente* di questa condizione dell' animo. Alcuni lo hanno negato sempre, non solo nella colpa lata ma anche nella *leve*, e *levissima*. Altri (come Carmignani) lo ammisero nelle ultime due, perchè vollero desumere il fondamento della imputabilità della colpa dal sospetto del dolo. Altri con più retto consiglio, desumendo cotesto fondamento dal danno mediato, attribuirono effetto diminuente alla colpa *leve* e alla *lata:* effetto *dirimente* alla

Digitized by Google

levissima, perchè non può nascere allarme valutabile da un fatto cagionato da tale imprevidenza, nella quale i cittadini sentono che la *maggior parte di loro* sarebbe facilmente incorsa.

§. 269.

Tutti però sono concordi nel ravvisare il grado maggiore della imputabilità della colpa quando vi fu *permistione di dolo;* lo che costituisce quella che i pratici chiamano *colpa informata da dolo.* In cotesto caso il grado della imputazione non più si misura sul solo criterio della *possibilità di prevedere* l' effetto dannoso, ma sulla norma del *dolo* che concorse nell' atto.

§. 270.

E tutti i criminalisti sono pure d' accordo nello insegnare che anche il *caso* possa essere politicamente imputabile in ragione di *colpa*, quando l' agente che per mero fortuito non prevedibile violò la legge, versava in *cosa illecita.*

§. 271.

Evvi però una forma speciale di degradazione desunta dalla mancata previsione dell' effetto più grave, che costituisce un medio di imputazione fra quella che si darebbe al fatto *doloso*, e quella che si darebbe al *fatto colposo.* Questa è la così detta *preterintenzionalità*, che è un titolo speciale applicato frequentemente in pratica agli omicidii commessi *con animo di offen-*

Digitized by Google

dere e senza *intenzione di uccidere*. Nell' omicidio *praeter intentionem* si ravvisa il *dolo* che nasce dall' animo di nuocere al nemico. Ma quanto all' effetto letale vi è colpa perchè si suppone *non preveduta* la morte. Vi è meno che nel *dolo indeterminato*, pel quale l' effetto più grave si suppone *preveduto* quantunque non precisamente voluto (§. 70): vi è più che nella colpa, perchè si agì con intenzione diretta a recar male al nemico.

Articolo II.

Del grado rapporto alla volontà *dell' agente.*

§. 272.

L' uomo ha facoltà di determinarsi nelle sue azioni, preferendo a proprio talento il fare o il non fare, dietro i calcoli dell' intelletto. Questa potenza è quella che costituisce la sua *libertà di elezione*. È in virtù di tale facoltà che a lui si chiede conto degli atti a cui si determina.

§. 273.

La *libertà* di eleggere, come potenza astratta dell' animo, non può mai togliersi all' uomo. Anche colui che cade da un' altezza, mentre cade e sa di cadere non vorrebbe cadere. La libertà come *idea* gli rimane: ma gli è impedita la realizzazione dell' idea.

§. 274.

Può essere tolta all' uomo la pienezza dell' *arbitrio* nell' atto della sua determinazione quando una causa

Digitized by Google

o esterna o interna agisca per guisa sull' animo suo da esercitare valido impulso sulla sua determinazione.

§. 275.

L' atto in tal caso è sempre *volontario*, perchè la libertà della scelta rimaneva sempre all' agente; ed ei *volle* appigliarsi ad uno piuttosto che ad altro partito. Ma la sua volontà dicesi meno spontanea, perchè minorato l' *arbitrio* nell' atto della determinazione.

§. 276.

Siffatta diminuzione di spontaneità deve esser tenuta a calcolo a favore di colui che al seguito di tale impulso violò la legge; perchè per essa minorasi la forza morale del delitto, tanto nel suo elemento, che è la prava intenzione, quanto nel suo risultato, che è il danno mediato.

§. 277.

Le circostanze che operano cotesto effetto di limitare l' *arbitrio* dell' uomo nella determinazione del suo volere, costituiscono nella scienza nostra la teoria della degradazione del delitto nell' elemento della volontà.

§. 278.

La forza che costringe l' uomo ad agire può essere *fisica*, e *morale*. *Fisica* quando agisce sul *corpo*; *morale* quando agisce sull' *animo*.

Digitized by Google

§. 279.

Nel primo caso l' uomo dicesi *invito;* nel secondo *coatto.* L' *invito* non può esser mai responsabile in faccia alla legge penale. Esso non è agente, ma agito; la causa dell' infrazione non è egli, ma quella forza che adopera il suo corpo come stromento di un'azione, nella quale egli è meramente passivo.

§. 280.

Nell' atto *involontario* l' uomo *fisico* è attivo; ma l' uomo *interno* non vi ha preso parte: vi è *azione,* ma non *intenzione.*

§. 281.

Nell' atto *invito* non vi prende parte neppure l' uomo fisico, perchè anche questo è passivo. Non di quella *passività* che esso ha sempre rispetto all' anima alla quale è congiunto, ma di una passività innormale; perchè obbedisce all' impulso di un altro corpo e non dell' anima propria. Non vi è nè *intenzione,* nè *azione.*

§. 282.

Nell' atto *coatto* prende parte l' uomo interno, e l' uomo esterno: vi è *intenzione* ed *azione;* ma vi è limitazione di *arbitrio* nella determinazione e nell' azione.

Digitized by Google

§. 283.

Questo effetto della coazione morale, o psicologica, che rendendo meno spontanea la volontà, modifica la imputazione, si ritrova — 1.° nella *coazione* propriamente detta, o *violenza morale esterna* — 2.° nell' *impeto* degli affetti — 3.° nella *ubriachezza*.

1.°

Coazione.

§. 284.

Coazione in stretto senso significa il costringimento che l' aspetto di un grave male imminente esercita *sull' animo* dell' uomo, e ne violenta le determinazioni (1).

(1) Moltissimi dissertarono su questo interessante argomento: Struvio *de vindicta privata* — Henr. Coccejo *exercitat. curios. exerc. de fuga cap.* 5 — Venema *de casu extremae necessitatis* — Uries *de naturali sui defensione* — Collard *de moderamine inculpatae tutelae* — Strykio *de jure necessariae defensionis vol.* 10, *dissert.* 4 — Puttmann *opuscula criminalia.*, *opusc.* 5 — Van der Maesen *de justa sui defensione* — Germinghausen *de violenta defensione privata* — Levita *sur la legitime défense*. Quelli però che a mio credere hanno più esattamente di ogni altro formulato la teoria della necessità di difesa, sono Niccolini (*questioni di diritto parte* 2, *quest.* 25, *n.* 9, *pag.* 289 *ediz. livornese; e quest.* 26 *per intero pag.* 293) l'Haus (*cours*

Digitized by Google

de droit criminel §. 161) e Belime *(philosophie du droit tom.* 1, *pag.* 204, §. *je repondrai).* Più recentemente se ne è occupato Gregory *de inculpatae tutelae moderatione, Hagae Comitis*, 1864; e con la sua consueta profondità lo eruditissimo Berner nella sua dissertazione *de impunitate propter summam necessitatem proposita.*

§. 285.

L' atto a cui l' uomo si determina per simile costringimento può assumere duplice forma; cioè o quella dell' *azione*, o quella della *reazione.* Distinzione che non fu sufficientemente avvertita in molti Codici (1).

(1) Vedasi Valdeson *théorie du code espagnol p.70, 72.*

§. 286.

Si ha l' effetto dell' *azione* quando la violenza procede o dal caso o da un terzo, e l' atto a cui l'uomo si appiglia per salvarsi dal male che gli sovrasta, dirigesi contro una persona che *non era causa* del male stesso. Nel qual caso, degno di osservazione quantunque più infrequente, ricorrono sotto il punto di vista della posizione morale dell' agente uguali termini, e devono ricorrere uguali principii come nell' altro.

§. 287.

Si ha l' effetto della *reazione* quando per liberarci dal pericolo imminente respingiamo *quell' istesso* che a noi lo minaccia, e pel bisogno della *difesa* nostra non ci limitiamo alla semplice *repulsa* dell' attacco, ma procediamo ancora alla *offesa* dell' aggressore.

Digitized by Google

§. 288.

In entrambo i casi vi è concorso di *volontà*, perchè anche il *coatto vuole*, e si determina con esercizio libero della sua attività psicologica a scegliere il male altrui prima che il proprio. Ma pure cessa la imputabilità sì dell' *azione* come della *reazione*, quantunque in loro si configuri un fatto materialmente contrario alla legge, purchè nel timore che ci ha spinto ad agire o reagire ricorrano gli estremi di quello che i criminalisti appellano *moderame dell' incolpata tutela*, o con formula più completa, *necessità*.

§. 289.

Il fondamento *di fatto* di questa scriminazione è il *timore:* il timore presuppone sempre l' aspetto di un *male* non ancora patito.

§. 290.

Il fondamento *giuridico* della scriminazione, non è meramente la *collisione degli ufficii*, nè la *perturbazione* dell' animo. Questi principii per quanto veri, non sarebbero a solo sufficienti a render ragione *in tutti i casi* della legittimità della difesa privata (1).

(1) Vedasi il mio *discorso sulla difesa pubblica e privata*, in fine. (*Opuscoli vol*: 1, *opusc.* 1) L' argomento della legittimità della difesa privata ha occupato tal numero

Digitized by Google

di scrittori che tentarne una completa bibliografia richiederebbe un volume. Teologi, moralisti, pubblicisti, e criminalisti ne hanno latamente discorso. Il concetto giuridico della coazione fu esattamente riassunto anche da Giuliani *istituzioni di diritto criminale vol.* 1, *pag.* 184 *e segg.*; *vol.* 2, *pag.* 290 *e* 310, *ediz.* 1856. Ma il chiarissimo Giuliani (*pag.* 185) censura Carmignani per un concetto che veramente il nostro maestro non ebbe. Egli equivoca sul primo requisito dettato dal Carmignani, per non avere avvertito al carattere *corsivo:* Carmignani non pose in corsivo la parola *impendeat*, come Giuliani suppone nella sua critica: ma la parola *timor*. La enumerazione del Professore pisano è viziosa perchè distingue il *soggetto* dal *predicato*, e fa quasi di quello un predicato distinto, errore che poscia emendò nella sua *Teoria:* ma non è vero che egli cadesse nel pleonasmo assurdo di fare della *presenza* e della *imminenza* due requisiti distinti.

§. 291.

Il fondamento costante di tale legittimità è la *cessazione del diritto di punire* nella società. Il gius di punire nell' autorità sociale emana dalla legge eterna dell' ordine, che esige si dia al precetto morale una pronta ed efficace sanzione, la quale completi la legge naturale col guarentire validamente quei diritti che essa comparte, ed alla umanità impotente a difendersi dai malvagi con le forze private, col soccorrere mediante la difesa pubblica. Ammesso questo postulato, bisogna per forza logica dedurne che quando la difesa privata potè essere efficace, mentre era inefficace la difesa pubblica, quella ha ripreso il suo diritto e questa lo ha perduto. Il proverbio volgare — *necessità*

Digitized by Google

non ha legge — riassume il concetto filosofico di questa teoria meglio assai che nol facciano tante formule studiate dai pubblicisti.

§. 292.

Con l' imporre che l' innocente si lasci uccidere, si imporrebbe un disordine, e si anderebbe così a ritroso della legge di natura che è la unica base del giure penale umano. Che se vi è disordine anche nella strage di un altro innocente, la parità dei disordini toglie sempre il diritto di punire, facendone cessare la causa.

§. 293.

La dirimente della *coazione* non si misura dunque sulla *perdita*, o sulla *perseveranza dei diritti* di colui che fu vittima dell' azione o della reazione coatta. Si guarda tutta *nel coatto* medesimo, e si misura dalla sua posizione (1).

(1) Così diviene indifferente nel calcolo della coazione la innocenza della vittima, giusta il celebre esempio di Bacone riferito da Blakstone *commentaries book.* 1, *chap.* 14.

§. 294.

Fu un errore di molti pubblicisti desumere il diritto di difendersi nell' aggredito dalla supposta perdita del diritto alla vita nell' aggressore. La forza escusante della coazione si deve cercare nell' aggredito,

Digitized by Google

non nell' aggressore, o nella vittima del fatto: *leg.* 2 *C. ad leg. Cornel. de sicar.*

§. 295.

Con tali principii (e non con l' asserta cessazione del diritto di proprietà) si legittima anche il furto commesso per necessità di fame. La legge dell' ordine non può preferire il male irreparabile della morte di un uomo, al male reparabile della offesa proprietà: essa è legge di conservazione (vedasi §. 2040 nota).

§. 296.

Ora perchè al timore si accordi questo potente effetto di rendere legittimo un atto violatore dei diritti altrui e materialmente contrario alla legge, è in tutti i casi necessario per regola *assoluta*, che nel male minacciato si trovino questi tre requisiti — 1.° *ingiustizia* — 2.° *gravità* — 3.° *inevitabilità*.

§. 297.

1.° Ingiusto — Manca il requisito della ingiustizia in due casi — 1.° quando il male minacciato lo sia con tutta legittimità, come lo è nel caso del condannato a morte che per salvarsi uccida il carnefice o il carceriere, o di colui che respinge la forza quando lo arresta: Morin *journal du droit criminel n.* 7934 — 2.° quando sebbene il male che si minaccia ecceda i limiti della legittimità, vi fu ingiustizia per parte del

Digitized by Google

minacciato; come nel caso del ladro o dell' adultero, che sorpreso e minacciato nella vita dal padrone o dal marito, lo uccida; nel caso dell' eccitatore della rissa; ed in una parola in tutti i conflitti nei quali il pericolo in cui mi sono trovato abbia avuto occasione da un fatto mio riprovevole.

§. 298.

2.° Grave — La gravità del male non deve cercarsi nell' assoluta verità, che può essere rimasta occulta all' aggredito; ma nella *ragionata opinione* dell' aggredito medesimo.

§. 299.

Si considera come *grave* il male che minaccia la *vita*, le *membra*, e la *pudicizia* (1): non quello che attacca la *roba:* nè quello che lede la *fama;* tranne rimpetto ad una reazione *correlativa.* E sebbene il commento officiale del codice Bavaro *(art.* 129 *nota* 1); il codice di Assia Harmsladt, e il codice Austriaco, ammettano come *causa dirimente* la difesa della proprietà, la comune dei dottori e dei legislatori le accordano soltanto una efficacia *minorante*, che ha la sua ragione nella giustizia dell' affetto motore: ma non mai, quando è isolata, le accordano forza scriminatrice. Carmignani ha ridotto con molta esattezza scientifica il criterio della *gravità* del male alla sua *irreparabilità (Teoria delle leggi della sicurezza sociale vol.* 2, *pag.* 239): e questa è la formula più vera

Digitized by Google

così teoricamente come praticamente. Vedasi Ortolan *élements du droit pénal n.* 422.

(1) Della valutabilità del moderame contro un attacco alla pudicízia ricorda notevole esempio Charondas *réponses du droit francais n.* 188, *pag.* 323.

§. 300.

Del rimanente è *grave* il male per l' effetto di che si ragiona, tanto se sovrasta *a noi stessi*, quanto se sovrasti *ad altro uomo* sebbene a noi non congiunto di sangue, purchè innocente, ingiustamente aggredito, e impotente a salvarsi. Legittimando la difesa *propria* e non l' *altrui*, si santifica l' egoismo e si proscrive la carità. Un codice cristiano non può essere più disumano delle leggi degli idolatri. Rinnegare (nel concorso dei debiti requisiti) la legittimità della difesa *altrui*, è lo stesso che rinnegare il Vangelo: Trebutien *cours de droit criminel vol.* 1, *pag.* 160 — Ortolan *éléments du droit pénal n.* 432 — Giuliani *istituzioni vol.* 2, *pag.* 310.

§. 301.

La legge di natura, dalla quale emana il diritto di punire nella società, non può contradire alla legge di natura che impone l' assistenza dei nostri simili. Proibire ai cittadini di correre al soccorso di un innocente aggredito non è difendere i diritti dell' uomo, ma le

Digitized by Google

sue prepotenze; non è un servire all' ordine ma al disordine (1).

(1) Fu erronea la vecchia formula tante volte ripetuta che il timore dovesse essere tale *qui cadat in virum costantem*. Questa formula è pericolosa nella sua applicazione, perchè porta a contemplare il timore sotto un punto di vista astratto mentre per giustizia deve calcolarsi subiettivamente. Quando l' uomo contro cui si dirigeva la minaccia non era *l' uomo intrepido* ma pusillanime, voi lo punite non perchè è *reo o malvagio* ma perchè è di natura *pusillanime*. Cosa importa cercare se altri avrebbe o no temuto nel caso mio, quando consta che io temetti, che ebbi causa non del tutto irragionevole di temere, e che agii nella coscienza di far cosa legittima!

§. 302.

3.° Inevitabile — Certamente se al male che ci minaccia potevamo sottrarci *altrimenti* che col violare la legge, la violazione deve rimanere imputabile; perchè l' arbitrio dell' agente non era più ristretto fra la scelta di due mali ugualmente gravi; e la legge dell' ordine poteva essere osservata, purchè egli eleggesse il mezzo innocente col quale avrebbe evitato e il danno proprio e l' altrui.

§. 303.

Sottrarsi *altrimenti* dal male che ci è minacciato si può, o con previsioni *anteriori*, o con provvedimenti *successivi*, o con ripari *concomitanti*. Perciò la *inevitabilità* nel pericolo che indusse ad agire o reagire, si desume da *tre* criterii distinti — 1.° che sia *improvviso* — 2.° che sia *presente* — 3.° che sia *assoluto*.

Digitized by Google

§. 304.

Primo criterio della inevitabilità — pericolo *improvviso*. Se era *previsto*, vi fu colpa nell' affrontarlo ed esporsi al cimento o di patir morte o di darla. La necessità in cui ci trovammo ebbe causa da noi stessi, e questa eleggemmo nella pienezza del nostro libero arbitrio.

§. 305.

Per altro a far cessare questo criterio si esige che la *previsione* sia *certa;* non basta che fosse *vaga* e di mero sospetto, qual è quella del viaggiatore che prevedendo un assalto di malandrini, si è munito d' armi per respingerli.

§. 306.

Secondo criterio — che sia *presente*. Se era *passato*, fu un sentimento di vendetta che ci spinse ad agire, e non corrono i termini della difesa. Se era *futuro*, poteva nell' intervallo ripararsi altrimenti.

§. 307.

Terzo criterio — che sia *assoluto*. Cioè che nel momento stesso del pericolo non possa questo declinarsi con altri mezzi innocenti. Tali mezzi si riducono alla *preghiera*, alla *acclamazione*, alla *fuga*.

Digitized by Google

§. 308.

Ma onde possa a chi invoca la necessità della difesa farsi fondato rimprovero perchè non si apprese alla preghiera, all' acclamazione, o alla fuga (1), si esigono due condizioni. La prima che questi mezzi fossero in *realtà utili;* cioè efficaci alla salvezza. La seconda che di tale utilità *potesse istituire* il calcolo lo stesso aggredito.

(1) In proposito della *fuga* sono grandi le divergenze fra gli scrittori sì moderni che antichi: i quali andarono nelle più sottili, e spesso irragionevoli, e più spesso ridicole distinzioni, per decidere se colui che aveva ucciso *potendo fuggire senza pericolo*, meritasse o no di essere imputato. Ingegnosa è la conciliazione che tentò di questa discordia l' esimio Trebutien *vol.* 1, *pag.* 151, 152.

§. 309.

Sarebbe ingiustizia rimproverargli di non aver fatto cosa o che era *vana* a salvarlo, o della quale ei *non poteva conoscere* la utilità. Il moderame deve sempre misurarsi secondo le *ragionevoli opinioni* di colui che si vide minacciato della vita; non secondo ciò che con freddo calcolo e maturo esame si è conosciuto dal giudice. Se l' errore fu grossolano ed inescusabile vi sarà precipitazione e imprudenza; se fu una credulità ragionata e scusabile, non vi è neppure colpa. Ma in ambo i casi colui che errò nel calcolare il pericolo, ed i mezzi della propria salvezza, agì con la coscienza

Digitized by Google

di fare atto legittimo; e non può rimproverarglisi *dolo* giammai.

§. 310.

La deficienza del requisito della *gravità* e della *inevitabilità* del pericolo fa sorgere il così detto *eccesso di difesa;* nel quale più spesso si ravvisano i caratteri della *colpa*, che quelli del *dolo:* e se nei gravi delitti non dirime, deve però notabilmente diminuire la imputazione. Ma non perdasi di vista la distinzione tra *eccesso* di *difesa* che sempre configura il *dolo*, e eccesso di *moderame* (o come altri dice, *difetto nel moderame)* che sempre configura la *colpa:* e può anche tal volta lasciarsi impunito (1). Così il Codice prussiano (sanzionato il 14 aprile, e attuato il 1.° luglio 1851) al §. 41 secondo alinea, parifica agli effetti della esonerazione la legittima difesa e l' eccesso. Mitissima disposizione, ed accettabile, purchè si referisca al *difetto* (o *eccesso)* nel *moderame*, perchè in tal senso ha salda base sull' anzidetto principio della cessazione del dolo. Colui che illuso sulla *gravità* e sull' *inevitabilità* del proprio pericolo, uccide o ferisce, *non ha la volontà*, non ha *la coscienza di delinquere*. Egli non è dunque assolutamente in *dolo*. Gli si può rimproverare un errore di calcolo, una precipitazione: e così i termini di una colpa. Ma se si avverte che l' aspetto di un pericolo imminente non lascia facoltà di ragionare che ad uomini di *straordinaria* presenza di spirito, si comprende che cotesta precipitazione, e il conseguitone errore di giudizio, è un effetto inevitabile della umana natura; effetto da cui

Digitized by Google

solo pochissimi andrebbero esenti in circostanze analoghe; cioè nella circostanza di una perturbazione cagionata dal terrore.

(1) Questa distinzione si esorna dal Carmignani *elementa* §. 979 *in nota;* e dal Giuliani *vol.* 2, *pag.* 295.

§. 311.

Evvi una *coazione* che dicesi *impropria.* Questa si ha quando senza veruna minaccia di un male corporeo imminente, l' uomo si indusse al delitto per obbedire al comando di altra persona, che sopra di lui esercitava un' *autorità.*

§. 312.

Tale *autorità* può essere o *domestica*, o *gerarchica*, o *politica.* Subiezione *domestica* è quella che si riscontra nella donna, nel figlio, nel servo, verso il marito, il padre, o il padrone, che abbia loro comandato un delitto.

§. 313.

Subiezione *gerarchica* è quella che consiste in un rapporto di respettiva superiorità e dipendenza, nascente da un ordine particolare di ufficii o funzioni, specialmente d' indole pubblica. Tale è quella che lega il soldato al capitano, il cherico al vescovo, il cancelliere al giudice, e simili.

Digitized by Google

§. 314.

Subiezione *politica* è quella che lega il suddito al principe, e in generale verso il governo dello Stato.

§. 315.

Regola generale è che il *meto* puramente *reverenziale* non esclude la imputazione. Può leggermente diminuirla; ma poichè la mera reverenza ed ossequio non toglie la *coscienza* del proprio mal fare, nè l' *arbitrio* di eleggere, rimangono i caratteri del dolo e la responsabilità del delitto commesso (1).

(1) In questo senso è costante la giurisprudenza francese: Blanche *deuxième etude art.* 64, *n.* 204 *et suiv.* La pratica italiana peraltro poichè ammette in genere che una gagliarda istigazione ricevuta da altri possa valutarsi come leggermente minorante della imputazione, è ben naturale che applichi con più larghezza questa regola quando la istigazione partì da persona che aveva una certa autorità morale sopra lo agente.

§. 316.

Laonde la subiezione *domestica*, se può talvolta minorare la imputazione, non può mai farla cessare. La subiezione *politica dirime* la imputazione quando distrugge la *criminosità* dell' atto; come nel caso della legge emanata dal *governo di fatto*. La subiezione *gerarchica* non è di ordinario che una *minorante*, e

Digitized by Google

solo assume il carattere di *dirimente* quando tolse la *coscienza della criminosità* dell' atto: come avviene nel caso in cui il superiore comandi per fine illecito una cosa che era nelle sue attribuzioni di comandare; sicchè l' agente *creda* di far cosa lecita. In questi termini la dirimente dipende più dalle condizioni dell' *intelletto*, che da quelle della *volontà* dell' agente. Il responsabile del delitto in tali casi è colui che comanda: l' altro non è che un cieco e materiale stromento che agisce senza coscienza di violare la legge; ed al quale non si può far debito di sindacare gli ordini del suo superiore. Egli è scevro da dolo: la sua azione materiale si compenetra nel dolo di chi si valse dell' opera sua; ed a costui si riferiscono entrambo le forze del delitto avvenuto.

2.°

Impeto degli affetti

§. 317.

Per attribuire ad ogni delinquenza la sua giusta misura, gli *affetti* che mossero a violare la legge non vogliono esser guardati nè *moralmente*, nè *politicamente*, ma *psicologicamente*.

§. 318.

Le passioni sono certamente la unica sorgente delle azioni malvagie; e il moralista che scorge in loro un

Digitized by Google

rovesciamento della gerarchia divina dell' anima sul corpo, bisogna che le guardi come il nemico a cui deve far guerra. Ma il criminalista che trova un elemento costitutivo della essenza del delitto nella forza morale (la quale ha la sua causa nell' animo dell' agente, ed il suo risultato nell' animo dei cittadini spettatori del delitto) guarda le passioni con occhio diverso. La violenza esercitata sulla *volontà* dell' agente anche da una potenza meramente interna, sebbene viziosa, produce l' irrecusabile effetto di minorare la forza morale del delitto nel suo elemento col diminuire la *spontaneità* della determinazione. Alla minorazione soggettiva di questa forza risponde la minorazione oggettiva della medesima. Dunque per logica deduzione dei principii che regolano la essenza e la misura del malefizio, il criminalista trova nel delitto commesso al seguito di quell' impulso violento, una minore gravità morale ed una minore gravità politica. Deve dunque per giustizia attribuirgli un peso minore.

§. 319.

Se il criterio della quantità dei delitti si desumesse dalla violazione del dovere, sarebbe contradittorio trovare una *degradante* nell' ira; anzi l' ira dovrebbe aumentarne la quantità. Ed è una contradizione che una circostanza la quale aumenta la *quantità* di un delitto nel suo genere, lo degradi nella specialità individuale in cui essa ricorre più energica. L' irato che ferisce viola due doveri: uno coll' adirarsi, l' altro col ferire. Ma perchè al primo dovere non corrisponde un *di-*

Digitized by Google

ritto in altri, così non repugna che l' ira, benchè violi un dovere morale, non aumenti la quantità, e modifichi invece il grado del delitto. Se il criterio della quantità dei delitti si cercasse nella spinta, questa è per certo maggiore quanto più energico è l' affetto impellente alla determinazione criminosa. Misurata invece la quantità del delitto sul criterio delle sue forze oggettivamente guardate, niente repugna; ed anzi è coerente al principio che dove trovasi in una specialità individuale una degradazione della forza morale soggettiva se ne degradi la imputazione, appunto perchè alla minor forza morale soggettiva risponde sempre una minor forza morale oggettiva. È bensì vero che se il *dolo* si ravvisasse nella *coscienza*, non potrebbe trovarsi negli affetti una degradazione di dolo. E così non potrebbe dirsi che nel delitto commesso sotto l' impeto degli affetti vi è una minorazione di forza morale. Ciò appunto condusse lo Schroeter fra i moderni, ed altri, a bandire come inaccettabile la distinzione fra dolo d' impeto e dolo di proposito, essendochè la coscienza di violare la legge sia uguale così nell' ira come fuori dell' ira. Ma anche di questo mostrammo altrove (§. 69) la erroneità. Sicchè per noi non può esser dubbio sull' ammissione della degradante in ragione dell' impeto degli affetti, perchè coerente alle nozioni delle forze costituenti il delitto, coerente alla definizione del dolo, coerente al criterio assunto come misuratore della quantità politica dei reati. Così i principii si coadiuvano e si coordinano; lo che è il sommo criterio della loro verità.

Digitized by Google

§. 320.

Perchè l' *affetto* operi cotesta modificazione della *forza morale* del delitto, bisogna dunque che egli rappresenti una *coazione* sulla facoltà volitiva, per cui si precipiti la determinazione criminosa, e con facilità maggiore si dimentichino gli ostacoli della legge proibitiva. Non nella nozione speciale dell' affetto, ma in questo suo carattere sta la sua efficacia escusante.

§. 321.

Deve perciò distinguersi tra passioni *cieche* e passioni *ragionatrici*. Quelle agiscono con veemenza sulla volontà, e soverchiano i ritegni della ragione, lasciando all' intelletto minor balìa di riflettere. Queste aguzzano invece i calcoli del raziocinio, e lasciano all' uomo la pienezza dell' arbitrio. Le prime devono ammettersi come cause minoranti la imputazione, perchè merita scusa chi si lascia trascinare al male dall' impeto di subitanea perturbazione. Le seconde no, perchè all'uomo che ragiona e che calcola, corre tutto l' obbligo di ricordare i divieti della legge, e riflettere alle conseguenze delle proprie azioni. La *occasione* delle une e delle altre può essere l' istessa: ma differiscono nel modo di agire sull' animo.

§. 322.

Con facilità poi si distinguono le passioni *cieche* dalle *ragionatrici* secondo la causa che le muove. Le pas-

Digitized by Google

sioni mosse dall' aspetto di un *bene* sono sempre *ragionatrici*. Quelle eccitate dall' aspetto di un *male* divengono *cieche* (1).

(1) Siffatto criterio risale ai filosofi dell' antichità. Disse Teofrasto — *ampliora esse crimina quae cum voluptate, quam quae cum dolore admittuntur*. La qual sentenza venne poi svolta da Marco Aurelio — *graviora esse quae per cupidinem, quam quae per iram admittuntur; etenim qui irascitur, cum dolore quodam et contractione animi, a rationis tramite declinare videtur: qui vero per cupidinem delinquit, quia voluptate vincitur, intemperantior quodammodo et in peccando effeminatior videtur*. Quantunque la dottrina del grado e della degradazione non fosse giuridicamente svolta bene, preconcepì Filone che l' affetto impetuoso facesse essere un che di *meno* nel delitto — *dimittatum videri facinus cui non accessit longa deliberatio*.

§. 323.

Questo carattere per conseguenza si riscontra soltanto nell' *ira* e nel *timore*. L' ira si eccita all' aspetto di un male *patito*; il timore all' aspetto di un male *da patirsi*.

§. 324.

L' ira e il timore saranno dunque le sole passioni a cui potrà il giure penale concedere la efficacia di minorare la imputazione. Più al timore che all' ira, perchè non vizioso e meno dominabile dalla volontà. Più al timore ed all' ira, quando concorrono insieme.

Digitized by Google

§. 325.

Nel linguaggio forense l' ira eccitata da un male recato alla nostra persona dicesi costituire la scusa della *provocazione*. L' ira eccitata da un' offesa alla proprietà, o a persone a noi care, dicesi costituire la scusa del *giusto dolore*.

§. 326.

Tutta la forza escusante di queste passioni consiste nella *veemenza* e nella *rapidità* della loro azione sulla volontà. L' uomo è responsabile delle sue determinazioni perchè la sua volontà è armata dalla ragione. Ma l' azione della ragione umana è *fredda* e *tarda*. Tutto ciò che spinge precipitosamente ad agire toglie la *calma* e il *tempo* per maturamente riflettere; e così rende la volontà disarmata momentaneamente del suo presidio. Da tali condizioni che presentano nella proeresi criminosa una forza meno energica di nequizia, acquista la passione una efficacia escusante. Di qui la logica conseguenza che gli estremi di una passione per fornire la scusa debbono essere appunto la *violenza*, e la *istantaneità*.

§. 327.

Da ciò nasce che l' ira deve esser distinta dall' *odio;* che può tenerle dietro, ma ne è una fase diversa. Questo ha la sua causa in un male *remoto* che dapprima generò l' ira, divenuta poscia odio col trapassare dalla veemenza al calcolo. L' odio non tanto pro-

Digitized by Google

cede dal dolore del male patito, quanto dal piacere che l'anima da lui pervertita ravvisa nella vendetta, alla quale appetisce come ad un bene.

§. 328.

Del pari il *timore* non può assumere il carattere di passione cieca, quando appella ad un male *remoto*. Ciò che è lontano, o come precedente. o come susseguente, dal momento della determinazione, non può esercitare sulla medesima un impulso che paralizzi l'ufficio della ragione e trascini la volontà.

§. 329.

L'amore, l'amicizia, la gelosia, ed altre passioni non hanno un criterio *speciale*. Esse possono scusare, non per sè stesse, ma in quanto siano cause d'ira o di timore, ed assumere la forma di *giusto dolore* (1).

(1) Crell *de privilegio doloris, in ejus Dissert. fascic.* 12, *pag.* 2051.

§. 330.

La maggiore o minore *gravità* del male o patito o temuto che concitò la passione, la *giustizia* maggiore o minore della causa che la destò, il maggiore o minore *intervallo* od ostacoli intercedenti fra tale eccitamento e l'azione, sono le norme sulle quali si gradua la minorante dell'impeto degli affetti.

Digitized by Google

§. 331.

Ma quando la passione, anche eccitata dall' aspetto di un male o patito o da patirsi, non ha i due caratteri di essere *improvvisa,* e di essere (almeno apparentemente (1)) *giusta,* non se le può attribuire veruna efficacia *escusante.* Potrà talvolta far discendere il dolo al secondo grado od al terzo a forma delle circostanze; ma non mai degradarlo sino al quarto.

(1) Dico *almeno apparentemente;* e questa formula è in pratica feconda dei più importanti resultati. È costante il principio che all' uomo non può farsi debito degli errori dell' intelletto, tranne (nei congrui casi) in ragione di *colpa.* Ma quando l' errore ha indotto nell' uomo la coscienza di non delinquere, o di delinquere meno, il suo dolo si deve giudicare secondo lo stato del suo intelletto, e non secondo la verità delle cose da lui ignorate. Ciò porta alla regola che così nella coazione, come nella provocazione e nel giusto dolore, non debba cercarsi la *giustizia* dell' ira o del timore, nella verità delle cose quale si è palesata alle fredde investigazioni del giudice; ma nella *ragionevole opinione* del giudicabile. Se (a modo di esempio) alcuno bastonò un uomo che egli trovò notturnamente in sua casa perchè lo credette un drudo della propria moglie, ed era invece l' amante della fantesca, *in rei veritate* il suo dolore e il suo sdegno furono ingiusti. Ma pure sarebbe ingiusto negargli la scusa, quando egli ebbe *causa ragionevole di illudersi* nella sua falsa credulità. Non si dimentichi mai che la *essenzialità* dell' errore può essere *assoluta* e *relativa* (§. 261); e che quando è *relativa* deve operare nel senso *relativo* quegli effetti che opera nel senso *assoluto* quando è *assoluta.* In tema di provocazione è stato recentemente giudicato tra

Digitized by Google

noi che la medesima si deve ammettere come scusa ancorchè il provocato non abbia ucciso la persona del provocante, ma ne abbia ucciso o ferito un altro per cagione di errore. Così decise la Corte di Cassazione di Palermo con decreto del 10 Agosto 1865 ai termini dell' art. 562 del codice Sardo; la quale argomentò ancora dall' art. 535 che volle punito come premeditato l' omicidio quantunque siasi ucciso per errore persona diversa da quella che si doveva uccidere: dal che ne conclude che se l' errore non modifica la forza morale soggettiva del delitto rispetto a ciò che la rende più grave, neppure deve modificarla rispetto a ciò che minora la imputazione.

3.°

Ebrietà

§. 332.

La *ubriachezza* presenta un aspetto proteiforme, secondo che si considera o nelle sue cause o nei suoi effetti; e secondo che in questi si considerano i rapporti *fisiologici* od i *psicologici*.

§. 333.

La sua prima azione si esercita sugli organi corporei, ed offre risultati tutti materiali. Ma presto procede ad influire sulla volontà, e precipitandone le determinazioni la rende meno libera: e talora finisce con l' agire sull' intelletto per guisa da estinguerne momentaneamente tutte le potenze.

Digitized by Google

§. 334.

Di qui nasce il vario modo di vedere dei criminalisti (1) nel giudicare di questa condizione innormale dell' uomo; nel valutarla come minorante la imputazione; e nello attribuirle la vera sua sede nell' ordine delle materie. Ma poichè l' ultimo grado di azione della ubriachezza sull' intelletto è raro ed eccezionale; e la sua influenza sulla facoltà volitiva è costante: così a buon diritto si collocò tra le cause che modificano la *volontà* dell' agente.

(1) Decisamente avverse ad ammettere la ebrietà come scusa furono le scuole inglesi e francesi fin quasi ai dì nostri. Blackstone esaurì ogni argomento per respingerne l' ammissione. In Francia una ordinanza di Francesco I del 31 agosto 1536, riferita da Jousse (*Justice criminelle vol.* 2, *pag.* 618), prescriveva si applicasse la pena ordinaria, e più un aumento di pena per la ubriachezza. Onde su tali tradizioni si conservò in quel reame l' avversione a cotesta scusa. E fu gran mercè se Vouglans (*lois crimin. liv.* 1, *tit.* 3, *ch.* 2, §. 4) ammise la distinzione fra *ivresse* e *ivrognerie:* distinzione che risale a Cicerone, che fu applicata, dal Bartolo, ed erroneamente attribuita all' Antonmatteo. In Germania prevalse la opinione favorevole alla scusa, come rilevasi dalla dissertazione del Mittermaier sulla *imputabilità degli ubriachi.* Nel Belgio si ammise malgrado gli espressi divieti di Carlo V; e poi sostenne la scusa l' Haus *observations sur le projet de code pénal. vol.* 1 *pag.* 210. In Italia, malgrado la dissidenza di Baldo, prevalse per la dottrina di Farinaccio e Claro la opinione più mite. Nella Francia moderna la sostennero Dufour nella *Themis* e Bavoux *leçons de droit criminel*

Digitized by Google

pag. 567; ma con mano avara e con le distinzioni che ricorda Chauveau *théorie du code pénal* §. 862. Poi si accettò su più larga base, correndo sulle orme calorose di Rossi, da Bertauld *leçons de droit pénal pag.* 320; da Ortolan *élements de droit pénal* §. 321; e generalmente dai recentissimi. Non mancano però dei criminalisti severi che esitano tuttavia ad ammettere la ebbrezza come *scusa*, concedendole soltanto la efficacia di *circostanza attenuante*, secondo il linguaggio della giurisprudenza francese. Lambert (*philosophie des cours d' assises chap.* 24, *pag.* 389) non ammette che la ubriachezza possa giungere mai allo stato di completa alienazione mentale, e vuole equipararla sempre nei suoi effetti alla passione, la quale per quanto turbi la intelligenza, secondo lui non l' annichila mai. L' ubriaco che non sa quello che opera e che privato affatto di ogni cognizione è ridotto allo stato di automa, è secondo Lambert una figura creata dalla fantasia e che mai non si assise sul banco degli accusati. Lo confutò Laujardiere *de l' ivresse pag.* 149: ma lo sbaglio radicale di Lambert non cade soltanto nella negazione di una ipotesi (lo che in fin dei conti sarebbe una conferma della regola quante volte la ipotesi verificata smentisse la negazione di quella) lo sbaglio radicale di Lambert sta in questo che anche dove tollera una benignità verso il delinquente ubriaco, pretende trovarvi un'attenuante della *pena* e non una minorante della imputazione. Ciò confonde i principii fondamentali: sostenuta la *piena imputazione* dell'ubriaco è impossibile trovare a suo favore una mitigante della pena. Anche Laujardiere nella sua confutazione di Lambert cade (*op. cit. pag.* 151) nella medesima confusione quando esemplifica le attenuanti la pena in colui che rubi un pane per impeto di miseria e di fame. Anche in questo caso vi è minorante d' *imputazione* perchè l' urgente bisogno rese meno libera la determinazione dell' agente. Vi fu degradante nella forza morale soggettiva: tolto ciò non vi sarebbe esorbitanza nella pena. Sopra tutti l' ammissibilità di questa

Digitized by Google

scusa dimostrò lucidamente Carmignani *teoria delle leggi sulla sicurezza sociale.* Un quadro delle antiche leggi e costumanze in questo argomento trovasi nella erudita dissertazione di Neyremand *repression de l' ivresse (Revue critique vol.* 13, *pag.* 515). Nelle leggi romane si trovò un argomento per la efficacia *dirimente della ebrietà* nella *leg.* 5, §. 2, *ff. ad leg. aquil.*; e per la sua efficacia *minorante* nelle leggi 7 *ff. ad leg. aquil.*, e 11 *ff. de poenis.* Vedasi Van Maanen *de jure circa ebrietatem.*

§. 335.

I principii fondamentali sulla nozione del delitto necessitano ad ammettere questa circostanza come scusa. Se il delitto per la sua essenza esige la forza morale; se questa desume la sua vita dalla volontà illuminata; se la minorazione della forza morale nel delitto porta di giustizia ad una minorazione di imputazione; tuttavolta debbasi convenire che la ebbrezza esercitò un impero sulla volontà, è necessità logica accordarle un' efficacia scusante, e più ancora se giunse a perturbare l' intelletto.

§. 336.

Non può dunque il criminalista guardare con la rigidità del moralista la ubriachezza nella sua *causa.* Male si pone come canone assoluto che la ubriachezza sia nel suo principio viziosa, mentre risulta da una serie di atti ciascuno dei quali è innocente. Ma quando anche lo fosse, ciò nonostante sarebbe ingiustizia equiparare nella imputazione il delitto dell' ubriaco al delitto del sano, quando il delitto di quello ha incontrastabilmente un grado minore di forza morale.

Digitized by Google

§. 337.

A combattere il sistema di coloro che si ostinavano a negare ogni scusa al delitto dell' ubriaco si giocò sull' argomento dalle leggi civili. Già Puffendorf *(de jure naturae et gentium lib.* 3, *cap.* 6, *n.* 5) aveva ammesso che i contratti dell' ubriaco fossero nulli, come già Furgole lo aveva ammesso nei testamenti, e tale nullità non aveva evidentemente altra base che la presunta mancanza di libera volontà nell' ubriaco. Malgrado ciò si pretendeva doversi distinguere tra effetti civili ed effetti penali della ebrietà; e Merlin affettò meraviglia del tentativo di scusare i delitti dell' ebro, e disse che la ubriachezza essendo un delitto era inammissibile che il delitto precedente scusasse il misfatto susseguente. Ma tale argomentazione è falsa così nel principio che afferma come nella deduzione che ne trae. Questo sistema che ammette la scusa soltanto quando la ubriachezza sia accidentale o prodotta da malizia di un terzo, trasporta il processo dal momento in cui fu commesso il delitto al momento in cui nacque la ebrietà, ed identifica la supposta volontà di ubriacarsi con la volontà di delinquere, lasciando inoltre fluttuante il termine medio di colui che non si ubriacò per determinata volontà di ubriacarsi, e neppure fu vittima di casualità o di malizia. Costui nell' ubriacarsi non presenta nè dolo nè mera casualità; presenta uno stato di colpa anche in quanto all' inebriarsi. Anche ammessa la formula rigorosa *non culpa vini sed culpa bibentis*, si punirebbe sempre

Digitized by Google

come doloso colui che non fu in dolo nè nella causa nè nell' effetto. Si pretese ancora assidere la distinzione dal civile al criminale sopra l' altro broccardo che *chi volle la causa volle l' effetto:* Veldtman *de delicto et pena ebriorum cap.* 2. Con ciò si punisce il delitto dell' ubriaco per una finzione, e si demolisce tutta la teorica dei delitti colposi nei quali la causa è sempre voluta quantunque non voluti nè preveduti gli effetti. Solon nel suo trattato delle nullità tornò a propugnare la differenza dal civile muovendo ulteriormente dalla considerazione empirica dei pericoli di ammettere simile scusa che egli chiama una facile patente di impunità: ma questo è il vecchio argomento di Blackstone riprodotto forse con maggiore cinismo, e che ammettendo la punibilità senza dolo vuol fare la giustizia schiava della politica utilità. Non avendo valore pertanto gli obietti coi quali vorrebbesi respingere l' argomento desunto dal giure civile rimane tutto l' assurdo di tenere come abile a legarsi criminalmente chi non è abile a legarsi civilmente (1). Aggiungesi che l' abitudine della ebrietà cagiona sempre alterazione nel cervello e degradazione nella intelligenza, e può giungere al punto di condurre il disgraziato che soggiace a tal vizio in uno stato permanente ed insanabile di demenza. L' uomo così riconosciuto demente si dichiara a cagione del morbo irresponsabile dei suoi atti, quantunque tutti i medici che lo esaminano riconoscano che la ragione vergognosa della sua alienazione mentale sia stata la ebriosità. Persistendo a non ammettere come scusa il delirio transitorio cagionato dalla ubriachezza si viene dunque alla conseguenza che

Digitized by Google

l' alienazione mentale prodotta dal vino si compatisce in chi si ubriacò per vizio pertinacemente e per lungo tempo, e non si ammette in chi una sola volta cadde in simile stato. Bisogna dunque riconoscere che i danni cagionati dallo ubriaco appartengono alla classe dei fortuiti più che alla classe delle azioni. Essi escono dal dominio della libertà per rientrare sotto il dominio della natura.

(1) Un Editto di Enrico III del 1577, che rimase nelle consuetudini di molti luoghi di Francia, negava agli osti ogni azione per chiedere il prezzo del vino che era stato bevuto nelle loro osterie. Questa disposizione potè ragionarsi sul principio che dovesse presumersi che la chiesta del vino fosse fatta in stato di ubriachezza, e tendeva a indurre gli osti a negar vino agli ubriachi. Un editto di Leopoldo di Lorena del 28 maggio 1723 estese l'annullamento a tutti i contratti fatti nell' osteria a favore degli osti, anche per causa di compre di derrate. La consuetudine di Brettagna andò anche più oltre, permettendo indistintamente di ritrattare nelle 24 ore successive qualunque contratto fatto nelle osterie. Tali ed altre simili furono le conseguenze giuridiche della ubriachezza *presunta*. In generale poi tutte le leggi civili negarono efficacia ai contratti che si dimostrassero stipulati nello stato di ubriachezza *vera*. Con qual logica appo ciò si persistette dai rigoristi a sostenere che chi non era capace di volontà in faccia alla legge per contrarre un debito, fosse con palpabile contradizione capace di volontà per giuocare la libertà od anco la testa!

§. 338.

Ma gli effetti della ubriachezza sulla volontà essendo sempre proporzionali ai suoi effetti sull' organismo cor-

Digitized by Google

poreo, il criterio della graduazione di questa scusa bisogna, per essere esatti, desumerlo dalle sue condizioni *fisiologiche* (1). Esattissima è la distinzione suggerita dall'esimio Prof. Puccinotti (*Lez.* 23) e ripetuta da Perrone (*medicina legale* §. 721 *e segg.*) in ebbrezza *giuliva*, ebbrezza *furibonda*, ebbrezza *letargica*.

(1) Che la ubriachezza dovesse guardarsi sotto il punto di vista fisiologico, già lo avevano fino dai loro tempi insegnato l'Harpprecht e il Richter *velitat. academ. velit.* 40, *thes.* 16. In generale li Alemanni sono stati sempre proclivi ad ammettere la scusa della ubriachezza; i Francesi generalmente contrari.

§. 339.

La ebbrezza *giuliva*, o mera esilarazione, esercita una spinta sulla *volontà* cui rende più precipitosa ed irreflessiva: equiparata all'impeto degli affetti può minorare la imputazione ma non mai cancellarla.

§. 340.

La ebbrezza *furibonda* esercita la sua azione sull'*intelletto* cui offusca per guisa da togliere temporaneamente la facoltà di percepire e di giudicare rettamente: equiparata alla manìa con delirio, può cancellare affatto la imputazione. Imputare chi non ebbe coscienza dei propri atti sarebbe un soggettare alla legge penale la sola materia. Nè varrebbe l'opporre che l'uomo siasi condotto di proprio arbitrio a questo sta-

Digitized by Google

to di transitoria alienazione mentale, volontariamente ubriacandosi. Se alcuno per crapule e dibosci si fosse ridotto ad una vera ed insanabile pazzìa, soggettereste voi alla coercizione della legge penale i fatti di cotesto infelice, per la speciosa ragione che egli fu causa della sua miserabile condizione! La ebbrezza quando è giunta a cotesto grado potrà dirsi che è transitoria, ma è un vero stato di alienazione mentale.

§. 341.

La ebbrezza *letargica* assumendo le forme del *coma*, paralizza e le forze dell'animo e le forze del corpo: equiparata al sonno deve anche questa esimere da ogni responsabilità. Imputare l'uomo divenuto automa non è tollerabile dalla giustizia.

§. 342.

Se la ebbrezza fu procacciata volontariamente, o per riprovevole imprudenza, potranno aversi in ciò gli elementi della *colpa*, ma non far sorgere il *dolo* nell'azione successiva che non fu accompagnata da volontà intelligente. Tale è l'ultimo pronunciato della dottrina. E con queste idee si coordinò dalla giurisprudenza il codice penale di Parma (art. 62) di Napoli (art. 61) di Toscana (art. 34, e 64) mentre vi aveva aderito più esplicitamente l'Austriaco.

§. 343.

Se la ebbrezza sarà *preordinata* al delitto, o come dicesi, *affettata*, il colpevole potrà bene punirsi per

Digitized by Google

ciò che fece in stato di sana mente, quando con lucida previsione e ferma volontà rendette *sè stesso futuro strumento* del delitto a cui egli intendeva. La imputazione si radica contro di lui in tale istante: ciò che avviene dipoi è *conseguenza* del suo *fatto doloso:* non si imputa ciò che fece l' *ubriaco,* ma ciò che fece l' *uomo* in sana mente; al quale, come ad unica *causa* è attribuibile il delitto. L' uomo sano è il *soggetto attivo primario* del delitto, ed è in condizione di piena imputabilità. L' uomo ubriaco ne è il *soggetto attivo secondario* (§. 40); strumento materiale dell' impulso ricevuto, come l' *invito.* Nè varrebbe l' opporre (come dubitarono acutamente Tissot e Bertauld) che neppure in questo caso possa al pienamente ubriaco imputarsi il suo fatto per non essere stato il dolo *concomitante* all' *azione.* La *concomitanza* del dolo all' azione (1) non è condizione assoluta della imputabilità (2).

(1) Trovo che questa confutazione del dubbio si è data in simili termini anche da Ortolan §. 324, e da Bernard *Revue critique vol.* 20, *pag.* 464. La tesi di Tissot che nega la imputabilità del delitto commesso nell' ubriachezza completa anche quando la medesima sia preordinata al delitto, si sostenne anche da Roesch *de l' abus des boissons.* Lo confutò Laujardiére *(de l' ivresse pag.* 180) ma per la ragione diversa della continuazione di una volontà impellente anche nello stato di ubriachezza. Questa può dirsi ragione medico legale, e dipende dai principii di tale scienza lo ammetterla o no, vale a dire decidere se sia conciliabile la ipotesi di una qualsiasi forma continuativa dell' atto volitivo formato a mente fredda, con la ipotesi

Digitized by Google

di una ubriachezza completa. Per noi basta la ragione giuridica che non è necessaria la concomitanza del dolo al momento della consumazione. L'unico caso nel quale può dubitarsi della imputabilità completa è quello della *dipsomania*. Questo stato morboso a cui si riduce l'uomo per il prolungato abuso di bevande alcooliche è incontrastabile. I medici lo noverano fra gli stati di alienazione mentale permanente. Quando un uomo giunto in così miserabile condizione premediti un delitto e si ubriachi poi completamente per meglio consumarlo, si è sostenuto che sia irresponsabile. Come ognuno vede questa specialità non attacca la nostra regola, che consiste nel contentarsi della intelligenza nel momento della determinazione quantunque sia sparita nel momento dell'azione. Nel caso speciale proposto si nega la intelligenza anche nel momento della determinazione. Sicchè la questione non è veramente speciale ma assume una forma generale che comprende tutte le azioni commesse dall'uomo in quella guisa ammalato. La questione dipende dal definire quali siano gli effetti morali della *dipsomania:* cioè se essa tolga veramente ogni coscienza, nel qual caso cessa la imputabilità: o se si limiti soltanto a produrre una necessità irresistibile di ubriacarsi, nel qual caso non offrirebbe che una minorante per gli altri delitti, ed una dirimente per il solo fatto della ubriachezza, secondo la teorica della *mania parziale* che a noi sembra più accettabile.

(2) Alla teorica del grado in ordine alla volontà aggiungono i criminalisti la questione dell'*abitudine*, tolta ad imprestito dai moralisti, e sulla quale può vedersi Carmignani §. 218. Altri eleva qui pure la questione sulla scusa desunta dalla *facile occasione* di delinquere, trattata elegantemente dal Puttmann *diss. an et quando, occasio delinquendi delictum minuat.*

Digitized by Google

§. 344.

Riassumendo questa teorica dirò che la ubriachezza può guardarsi o nel suo grado o nella sua causa. Guardata nel grado si divide dai medico-legali in *giuliva*, *furibonda*, e *letargica*; e dai giuristi in *completa* o *piena*, ed *incompleta* o *semipiena*, secondo che lasciò o no un qualche raggio d' intelligenza, e così una qualche possibilità di coscienza. Guardata nella causa presenta diverse ipotesi — 1.° ubriachezza *accidentale:* la quale si ha in colui che non beve smoderatamente, ma rimane sopraffatto o per sua condizione morbosa, o per contraffazione del liquore operata maliziosamente da altri — 2.° ubriachezza *colposa:* ed è quella di colui che beve smoderatamente sino ad ubriacarsi ma non prevedendo che si sarebbe ubriacato — 3.° ubriachezza *volontaria:* ed è quella di colui che postosi a bere si prefisse precisamente il fine di condurre sè stesso allo stato di ebrietà, ma senza prevedere che avrebbe commesso delitto — 4.° ubriachezza *affettata*, o come altri dicono *preordinata*, o *premeditata:* ed è quella in cui il colpevole si pone dopo avere premeditato un delitto, per il fine o di darsi maggior coraggio a commetterlo, o di soffocare le esitazioni della coscienza, o di prepararsi una scusa. La ubriachezza affettata a qualunque grado salga non è mai di scusa. La ubriachezza colposa e la volontaria se sono complete tolgono ogni imputazione in ragione di dolo, lasciandola sussistere però in ragione di colpa; e se sono incomplete non operano che una minora-

Digitized by Google

zione. La ubriachezza accidentale non può mai far sorgere la configurazione della colpa: o è completa, e distrugge ogni imputabilità; o è incompleta, e restando allo agente una cognizione attuale si mantiene la imputazione del fatto come doloso salvo la minorazione del dolo, come nella *incompleta colposa* e *volontaria*.

CAPITOLO IX.

Del grado nella forza fisica *del delitto.*

§. 345.

Ogni delitto suppone un' azione *esterna*. Le azioni esterne si compongono di diversi *momenti fisici*, come le *interne* di diversi *momenti morali* (1).

(1) Per il maggiore sviluppo della teorica *del conato e della complicità*, si vedano le *lezioni* da me pubblicate su questo argomento; *Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 6.

§. 346.

Questi momenti fisici possono essere incompleti *soggettivamente* e *oggettivamente* nel tempo stesso, perchè alcuno di loro non abbia avuto il suo corso, e perciò non siasi raggiunto il fine dal colpevole agognato: e possono essere completi *soggettivamente* ma incompleti *oggettivamente*, perchè malgrado l' esaurimento di tutti i momenti fisici dell' azione il diritto che l' agente attaccava non sia stato violato.

Digitized by Google

§. 347.

In tali casi il delitto presenta una *degradazione* nella *forza fisica;* perchè o non è perfetta neppure l' *azione:* o se l' azione fu perfetta non è perfetta la *offesa alla legge.* E in ambo casi si configura un delitto *imperfetto.*

§. 348.

Quando i momenti fisici dell' azione sono completi così *soggettivamente* come *oggettivamente*, la degradazione della forza fisica del delitto può sempre sorgere; ma non più per ragione di *imperfezione*, bensì per ragione di *divisione.* Ciò avviene quando più persone abbiano partecipato al delitto, ma non a *tutte* coteste persone siano, o *in parte* o *in tutto*, attribuibili *i momenti fisici* del delitto stesso. In tali casi sorge la nozione della *complicità.*

ARTICOLO I.

Del delitto imperfetto

§. 349.

Il delitto è *perfetto* quando è consumata la violazione del diritto tutelato dalla legge penale. È *imperfetto* (1) quando tale violazione non è avvenuta sebbene il colpevole avesse, con volontà diretta a cotesto fine, dato opera ad atti esterni abili a procacciarla.

Digitized by Google

(1) Gli antichi scrittori (per esempio il Kemmerick) ebbero del delitto *imperfetto* una idea più larga. Dissero che il delitto poteva essere *imperfetto* tanto *ratione proaeresis*, quanto *ratione executionis*. Imperfetto nell' elemento intenzionale dissero il delitto dell' infante, dell' ebro, dell' irato, ed anche il colposo. Oggi ha prevalso di specializzare la *imperfezione* del delitto nella considerazione della sua materialità. Guardato il delitto come *ente giuridico* era forse più esatta la locuzione antica. Infatti è bene naturale che alla intenzione *imperfetta* risponda un reato *imperfetto*.

§. 350.

Un delitto può restare *imperfetto*, o quando sia rimasta *imperfetta l' azione*, perchè interrotto o *insufficientemente* assunto il corso dei suoi momenti fisici: o quando, sebbene sia *perfetta l' azione* in tutti i momenti che erano necessarii a raggiungere il pravo fine, ed i medesimi fossero in loro *sufficienti* allo scopo, non è però conseguito l' effetto cui tendeva l' agente a causa di un fortunato ed imprevisto impedimento. Nel primo caso si ha il *conato*; nel secondo può aversi in certe condizioni il *delitto mancato*.

§. 351.

I delitti *imperfetti* non possono dunque per natura loro presentare l' elemento del danno *immediato*.

§. 352.

Ciò non pertanto sono politicamente imputabili; perchè mentre sorge anche da loro evidente il *danno*

Digitized by Google

mediato, le funzioni del *danno immediato*, che in loro manca, le fa il *pericolo corso* dalla società o dal cittadino attaccato (1). E dicesi *pericolo corso*, per distinguerlo da un *pericolo di mera previsione:* dal quale non emerge ragione legittima di imputazione.

(1) Mittermaier, Leliévre, e Wintgens sostennero che siccome il conato è un principio della esecuzione di un fatto *vietato* dalla legge, i magistrati possono punire il tentativo di un delitto ancorchè la legge non abbia dettato speciale divieto, e minacciato una pena speciale. La parte di un tutto proibito e punito è pur essa implicitamente proibita e punita. Questa dottrina pericolosissima si confuta dallo Jonge *de delictis vol. 2, pag.* 280. I codici moderni tolsero via questo dubbio dettando una disposizione *generale* per definire i casi nei quali volevano la punizione del tentativo, lochè in certo modo fu la conferma della opinione scientifica che se la legge avesse taciuto non sarebbe stato punibile. L'antica pratica se ne sbarazzava con la teorica della *impropriazione* e della pena *straordinaria*.

§. 353.

Ma se la ragione di imputare il delitto *imperfetto* sta nel *pericolo*, che fa le veci del *danno*, egli è intuitivo che, appo la legge umana prevalendo la considerazione esterna all' interna, un delitto *imperfetto* non potrà mai imputarsi alla pari del delitto perfetto: appunto perchè un *pericolo corso*, per quanto grave, non potrà mai equivalere ad un *danno patito*.

Digitized by Google

§. 354.

A questo motivo primario si aggiunge eziandio la considerazione che nel delitto *imperfetto* è sempre proporzionalmente minore il danno *mediato*, sì nel rapporto dello spavento dei buoni, sì nel rapporto dell' incitamento ai malvagi. E si aggiunge altresì un riguardo politico: poichè esaurendo sul delitto imperfetto tutta la imputazione che si darebbe al delitto perfetto, resterebbero necessariamente senza imputazione gli atti che si fossero o continuati o ripetuti dal colpevole, per condurre il delitto, rimasto senza effetto, alla sua perfezione. Non mancano pure tuttavia specialmente in Francia caldi sostenitori della dottrina della parificazione. Ma notabile si è come si riproduca qui l' usato fenomeno della severità nella mitezza, e della mitezza nel rigore. Coloro che sostengono la parificazione nel conato ne restringono la nozione: coloro che invece insegnano la più comune dottrina di una imputazione decrescente, estendono la nozione del conato punibile anche a casi nei quali i primi pronunciano la impunità. Questo fenomeno (1) è costante in tutta la storia del giure penale: e deve esserlo per la natura delle cose.

(1) Novella prova ne porge lo erudito scritto del Lacointa (*Revue critique tom. 23, pag. 454*) principalmente diretto a confutare il mio opuscolo sul tentativo: dove mi censura da un lato per troppa benignità in quanto sostengo la disparità nella imputazione, e poi mi censura

Digitized by Google

per troppa severità in quanto io trovo conato punibile in molte ipotesi che per lui dovrebbero sfuggire ad ogni imputazione. Non è questo il luogo di replicare a quello scritto che trova d'altronde preventiva risposta in ciò che io ho già pubblicato su questo argomento. Solo qui mi piace notare non essere esatto che il codice Prussiano del 1851 abbia seguito la dottrina della parificazione: se quel codice parifica il delitto tentato al consumato nei reati che colpisce con pena relativamente determinata (per esempio da cinque a dieci anni) ciò lascia campo al giudice di applicare il minimo ai fatti tentati e il massimo ai consumati. Ma dove commina pena assoluta (come la galera a vita, e la morte) ha espressamente prescritto che nel tentativo si scenda di un grado. Dunque il codice Prussiano ha accettato il principio che nel tentativo riconosce una minore gravità. Non so poi come possa asserirsi che il delitto tentato dia un mal esempio uguale a quello del consumato. Tutt'altro che mal esempio e incoraggimento ai malvagi deve dirsi una operazione delusa la quale assoggetta pure a non lieve pena. Se la questione si porta sul terreno del mal esempio poco vi vuole invece a persuadersi della opinione nostra: sì per la ragione testè detta; sì perchè la parificazione portando la necessaria conseguenza di lasciare spesso impuniti molti tentativi che noi puniremmo, da tale impunità ne deriva appunto lo effetto d'incoraggire il malvagio. Questi non edotto nelle differenziali giuridiche fra conato più prossimo e più remoto, quando vede altri restare impunito malgrado il tentativo commesso, ne costruisce il dilemma o non riuscirò e non avrò molestie, o riuscirò e avrò sfogato la mia passione. Laddove nel nostro sistema ogni male intenzionato vede dinanzi a sè il terzo termine della non riuscita e della punizione incontrata ad ogni passo che egli muova nella via del delitto.

Digitized by Google

§. 355.

La divergenza fra l' antica scuola Italiana e l' antica scuola Francese intorno alla grave questione sulla equiparazione del delitto tentato al consumato, ebbe forse causa dalla difforme intelligenza che i respettivi giuristi diedero alle leggi Romane. Ma codesta divergenza che si mantiene fra le due scuole moderne rimonta a più alti principii. Non solo vi è differenza per la trascurata distinzione fra il grado e la quantità del delitto; ma evvi ancora intorno al cardine fondamentale della nozione del delitto. La scuola prevalente Francese punisce nel delitto la *prava intenzione* purchè *manifestata* con atti esteriori, e dimostrata perseverante così da mantenersi fino al principio della esecuzione. In tale concetto *il fatto* non è ciò che si punisce; il fatto invece non serve che *a rivelare* la rea intenzione, la quale è ciò che si vuole punire. Simile idea si ricongiunge da alcuni giuristi con un modo d' interpetrare il diritto Romano per guisa da sostenere che anche i Romani nel delitto punissero il *dolus* e non *l' azione;* lo che se è solidamente dimostrato in faccia ai monumenti di alcune scuole Romane, forse non era vero neppure in faccia a tutte quelle scuole. Da ciò ne consegue che dovendosi punire nel delitto la intenzione prava, tostochè dessa venga accertata dal principio della esecuzione, rimane indifferente alla essenza del reato che lo evento sia o no conseguito. Questo non è che un *accidente*, una *circostanza* del maleficio, ma il maleficio è completo e rimane soltan-

Digitized by Google

to a discutere se per tale accidente debba o no attenuarsi la pena. Al contrario la scuola prevalente Italiana nel delitto punisce un *fatto* accompagnato da malvagia intenzione; laonde la materialità assume i caratteri di *elemento* del reato. In conseguenza il delitto si compone di due *forze* essenziali o di due elementi. E poichè guardato sotto il punto di vista ontologico il delitto così concepito non è *completo* se quelle due forze non hanno percorso interamente la respettiva linea, così ne deriva che lo effetto mancato dia per risultamento un ente giuridico minore che non è il crimine susseguito dall'effetto. Per tal guisa noi imputiamo meno il conato non per attenuanza o benignità, ma perchè vi troviamo un *meno* del consumato, è perchè naturalmente il meno nelle condizioni di un ente deve riprodurre un *meno* nel suo valore. Stando così la divergenza nella primitiva nozione dell'ente giuridico che si chiama delitto, è chiaro che non potremo mai intenderci.

I.

Del conato.

§. 356.

Definisco il *conato* (tentativo, attentato) — *qualunque atto esterno, univocamente conducente di sua natura ad un evento criminoso, ed al medesimo diretto dall' agente con esplicita volontà, non susseguito dall' evento stesso, nè dalla lesione di un di-*

Digitized by Google

ritto o poziore od equivalente a quello che si voleva violare.

L' analisi di questa definizione ci fa conoscere quando si abbia il *conato* (1) e quando non se ne abbiano che le apparenze.

(1) Vedasi la dissertazione di Ludero Menckenio *de impunitate conatus in delictis* — Faider *de conatu delinquendi* — Philipse *de conatu delinquendi* — Neergaard *de conatu delicti ejusque poena* — Jordan *de conatu delinquendi* — Aster *de puniendo conatu* — Van Der Veen *de conatu delinquendi* — Honius *de poena conatus* — Graaff *de poena conatus* — Cropp *de principiis juris romani circa puniendum conatum* — Niccolini *questioni di diritto parte* 2, §. 21 — Humbert *sur la tentative d' après le droit criminel des romains (Journal de l' academie de Toulouse vol.* 11, *pag.* 407).

§. 357.

Qualunque atto esterno — Il conato deve essere un principio di *esecuzione* del delitto; ma la esecuzione delittuosa non può neppure incoarsi senza un *atto esterno* della classe di quelli che per la *natura del fatto* rappresentano un momento fisico dell' *azione* criminosa. I desiderii, i pensieri, le deliberazioni, anche manifestate o confidenzialmente o per via di minacce o di accordi o di istigazioni, non sono *conati*. Non possono esserlo per la duplice ragione — 1.° che non rendono sempre *certa* la *intenzione* di eseguire — 2.° che data ancora tale intenzione, non sono *in loro stessi* un principio di *esecuzione* del delitto pensato, deliberato, minacciato, istigato, od anche concordato (1).

Digitized by Google

(1) Non concordo col De Zuniga (*Practica judicial, Madrid* 1861, *vol.* 2, *pag.* 432, *nota* 1) che l'*accordo criminoso* nei delitti che non pertengono alla classe dei *sociali diretti* (nei quali l'accordo criminoso assumendo il titolo di *congiura* è delitto *consumato* di per sè stante) possa, come afferma questo insigne scrittore, considerarsi come un *vero tentativo*. Convengo però con lui che l'accordo e la istigazione a delinquere debbano, quando tendono a delitti gravi, imputarsi e reprimersi, ma come fatti criminosi distinti e completi in loro medesimi. E penso pure col prelodato scrittore che l'accordo è la istigazione non meritino repressione speciale quando avvennero in uno *slancio subitaneo di collera*. Verità di assoluta giustizia, che fu disconosciuta dal codice Toscano; il quale col punire indistintamente qualsiasi istigazione a delinquere (art. 54) parificò la istigazione seriamente emessa col più maturo proposito, alla istigazione inconsideratamente eccitata dall'erompere di uno sdegno improvviso.

§. 358.

univocamente conducente al delitto — La *univocità* della loro direzione al delitto è il *primo carattere* indispensabile a ricercarsi negli atti esterni che si vogliono imputare come *conati*. Finchè l'atto esterno sarà tale da poter condurre tanto al delitto, quanto ad azione innocente, non avremo che un atto *preparatorio*, il quale non può imputarsi come conato (1).

(1) Si è detto da molti (Schuermans *précis de droit pénal pag.* 22) che nelle mere *omissioni* non può ravvisarsi tentativo. Ma se nella omissione o mera inazione si configura il delitto doloso, ove sia la omissione volontariamente diretta al pravo fine e l'ottenga, non veggo perchè

Digitized by Google

debba assolutamente negarvisi la possibilità del tentativo, quantunque possa rimanere più difficile la pratica costatazione della univocità. Una madre illegittimamente fecondata che lascia in terra la creatura senza legarle il funicolo nè darle alimento, e persevera in cotesto abbandono tanto che la creatura muoja, non sarà essa rea d' infanticidio doloso? E se dopo parecchie ore di quel malizioso abbandono in cui perseverava la madre, venne la creatura utilmente soccorsa, non vi sarà egli il tentativo?

§. 359.

conducente di sua natura ad un evento criminoso — La *idoneità*, o attitudine di condurre al fine malvagio, è il *secondo carattere* indispensabile all' atto esterno nel quale voglia ravvisarsi l' *elemento fisico* del tentativo.

§. 360.

Gli atti inidonei non possono dunque imputarsi al preteso attentante. Se la inidoneità fu nei primi momenti dell' azione, cessa ogni imputazione loro come *conati;* perchè essi tutti mancarono di *pericolo.* Se fu nei successivi, resta la imputazione degli antecedenti quando ne siano suscettibili.

§. 361.

di sua natura — Nella indagine della *idoneità* si devono guardare soltanto le condizioni degli atti nei quali si cerca il conato. Non è dunque necessario che

Digitized by Google

la loro inidoneità sia *precognita* all' agente. Esigere ciò sarebbe un ridicolo controsenso.

§. 362.

Ma coteste condizioni degli atti devono esser guardate tanto in loro stesse, quanto nei loro rapporti col soggetto passivo del delitto. Perciò la inidoneità, finchè siamo nei termini di *mero conato*, deve essere tanto *obiettiva* o concreta (cioè negli atti guardati nel loro rapporto col *fine speciale* cui gli indirizzava l' agente) quanto *subiettiva* o *astratta*, cioè negli atti *astrattamente* guardati.

§. 363.

ad un evento criminoso — Il delitto è un ente giuridico. Dunque coteste condizioni degli atti esterni devono anche guardarsi nei loro rapporti *giuridici*. E così la inidoneità può derivare ancora da certe relazioni esistenti fra gli atti esterni e il soggetto passivo del delitto; le quali abbiano formato un *ostacolo legale*, che rese impossibile fino dal suo principio la creazione, in quel dato ordine o forma di fatti, dell' ente giuridico che si dice *delitto*. La *inesistenza* del soggetto passivo contro il quale si dirigeva l' azione può nei congrui casi equivalere alla inidoneità.

§. 364.

Ma in generale in proposito di inidoneità deve distinguersi tra il soggetto passivo dell' *attentato*, e il

Digitized by Google

soggetto passivo della *consumazione*. Perchè se la inidoneità, da qualsivoglia causa nascente, esisterà fino nel primordio dell' azione criminosa, e così nei rapporti degli atti col *soggetto passivo dell' attentato*, si avrà la totale cessazione del conato. Se invece esisterà solo nei rapporti col *soggetto passivo della consumazione*, potrà talvolta cessare la imputazione degli ultimi atti, e rimanere quella dei primi. È *soggetto passivo* della *consumazione* la cosa o persona su cui doveva aver luogo l' atto consumativo del malefizio. Tutte le altre cose o persone, sulle quali per la natura del fatto avvenga che il colpevole debba esercitare certi atti come mezzo per giungere poscia ad eseguire altri atti sul soggetto passivo della consumazione, sono *soggetto passivo* dell' *attentato*. Per esempio chi voleva rubare le gioie atterrò l' uscio della stanza. L' uscio è il soggetto passivo dell' *attentato:* soggetto passivo della *consumazione* sono le gioie. Onde se la inidoneità era nell' istrumento col quale volevasi sforzare l' uscio, sparisce ogni attentato politicamente imputabile. Se gli atti furono idonei a questa prima operazione, e l' uscio fu difatto atterrato: ma furono invece inidonei gli atti preordinati dal ladro ad impossessarsi delle gioie; cesserà la imputabilità di questi ultimi atti per ragione di inidoneità (1); ma rimarrà la imputazione dei primi.

(1) Anche gli atti *inidonei* successivi ad atti *idonei*, benchè direttamente non si imputino, hanno peraltro un valore di indole diversa appo la giustizia, ma un valore effettivo. Ed è quello di *rendere univoci* gli atti idonei precedenti; i quali di per loro non avrebbero forse avuto *univocità*. E poichè il criterio degli atti *preparatorii* bisogna

Digitized by Google

trovarlo nella mancanza di *univocità*, questa osservazione è feconda di risultati: poichè rende imputabili come *conato* per effetto degli atti *inidonei susseguenti*, quegli atti *idonei precedenti*, i quali per loro non avrebbero (perchè *equivoci*) costituito un conato punibile. Gli atti *inidonei* non forniscono dunque *in loro* un elemento di imputazione, ma rivelano e completano le condizioni giuridiche degli atti idonei. Con questa osservazione si giustifica la sentenza della Corte di Agen dell' 8 decembre 1849, della quale parla Blanche (*Premier étude pag.* 15) e Lacointa (*Révue Critique vol.* 23, *pag.* 473). *Laurent* aveva preparato un fucile carico per uccidere il figlio. Questi accortamente lo aveva scaricato, e riposto al suo luogo. Alla sera *Laurent* diè di piglio al fucile, e diè lo scatto per esploderlo contro il figlio, ma era vuoto. Fu punito come reo di tentato omicidio. Come (si gridò) un tentativo con un fucile vuoto? No. Il tentativo punibile non sta nello scatto di un' arma assolutamente inidonea a nuocere. Sta nella precedente caricazione. Questo atto quantunque idoneo sarebbe stato meramente preparatorio perchè equivoco. L' atto successivo quantunque inidoneo diede al primo la univocità, e lo rese punibile come tentativo; soltanto la differenza nel risultamento è questa: ed è risultamento vitale. Il conato può punirsi in quella ipotesi come remoto, ma non come prossimo. Lo scatto per esplodere era atto di conato prossimo perchè eseguito sulla vittima che doveva essere *soggetto passivo* della consumazione. Ma quest' atto è *inidoneo*, e perciò non è in *sè stesso* imputabile. La caricazione e preparazione del fucile non era punibile finchè rimaneva equivoca. L' atto successivo benchè inidoneo le ha dato univocità e lo ha reso punibile. Ma la imputazione si dirige contro questo primo atto e non mai contro il secondo. Ora quel primo atto quantunque divenuto univoco non può essere che conato *remoto* perchè non cadde sul soggetto passivo della consumazione. La cosa è intuitiva. Devo però avvertire che quando stabilisco che gli atti inidonei successivi rendano imputabili gli

Digitized by Google

atti idonei precedenti quantunque meramente preparatorii in loro stessi, non riconosco tale potenza nelle sole successive dichiarazioni verbali del colpevole. La univocità deve risultare da atti esecutivi e non da mere confessioni.

§. 365.

In tutti questi casi il *conato* cessa per ragione di *difetto* nel suo elemento *fisico*. Vale a dire gli manca la forza fisica *oggettiva*, la quale è rappresentata dal *pericolo corso*. Vi è un *conato* in senso *volgare*, non vi è un conato in senso *giuridico*. E ciò per deficienza di condizioni nella forza fisica soggettiva.

§. 366.

al medesimo diretto dall' agente — La potenza negli atti eseguiti a procacciare la infrazione della legge, non potrebbe bastare perchè si tenesse responsabile di conato l' autore di tali atti, se cotesta potenza egli non conobbe; e se non li eseguì con *intenzione diretta precisamente* a cotesto fine. La colpa ha la sua essenza morale nella *mancata previsione* dell' effetto procurato con la propria azione. Il conato ha la sua essenza morale nella *previsione* di un effetto non ottenuto, e nella volontà di ottenerlo. Dunque fra la *colpa* e il *conato* vi è repugnanza in termini. Immaginare un *attentato colposo* è lo stesso che sognare un mostro logico. Eppure di questo mostro logico si volle da taluno (1) insinuare la giuridica possibilità!

(1) Wissinger *diss. quae sint differentiae inter facta dolosa et culposa pag.* 88, *cap.* 4, *sect.* 2 *et sect.* 4 — Lelievre *de poenarum delictis adequandarum ratione*

Digitized by Google

pag. 9, 10; ove a persuadere che devono punirsi anche i fatti colposi che non hanno recato danno, e così punirsi come tentato omicidio colpòso il getto di un sasso dalla finestra benchè non abbia offeso nessuno, portasi la peregrina ragione che il *pubblico può credere che quell' atto* imprudente ed innocuo, *fosse fatto con animo di nuocere, e quindi dubitare della propria sicurezza!!*

§. 367.

con esplicita volontà — Onde affermare che certi atti erano dall' agente preordinati ad ottenere un effetto *diverso* da quello che ne è risultato, non basta essere in grado di ritenere che cotesto risultato non ottenuto fosse un effetto che facilmente potevasi dagli atti stessi produrre, e con facilità prevedere. Bisogna essere certi di più che l' agente non solo *potè prevedere*, o vagamente *previde* l' effetto, ma bisogna esser certi che egli *voleva* precisamente procacciare cotesto effetto non ottenuto, anzichè l' effetto che ottenne. Per esempio, bisogna esser certi che voleva uccidere, e non soltanto ferire, quando di fatto ferì e non uccise. A cotesta *esplicita volontà* fermamente diretta a conseguire un fine *determinato*, non può sostituirsi una vaga previsione, una incertezza in cui oscilli l' agente circa l' effetto che produrrà: non basta, in una parola, la situazione del dolo *indeterminato*. Se avventò i suoi colpi *indeterminatamente*, come all' azzardo, incerto se avrebbe ferito od ucciso, non è responsabile che del solo risultato che produsse. E se questo fu un ferimento non può addebitarsi di tentato omicidio, perchè ad avere cotesto titolo per cui l' *affetto* prevalga sul-

Digitized by Google

l' *effetto*, bisogna che l' affetto fosse positivamente *contrario* ed esuberante all' effetto ottenuto.

§. 368.

Da questa verità che tutti i criminalisti riconoscono, sul fondamento della regola inconcussa che in qualunque dubbio si deve supporre nell' agente la intenzione più mite e meno malvagia, ne consegue il principio che ai fatti commessi per istantaneo *impeto di affetti* non può adattarsi la nozione del conato. Codesta intenzione positivamente diretta alla morte bisogna che in colui cui vuole apporsi il tentativo di omicidio, risulti da circostanze che manifestino essersi all' intelletto dell' agente presentata esplicita la idea dell' omicidio, ed averla esso preferita all' idea del solo ferimento. Nel fatto dell' uomo acceso dall' ira la *potenza ad uccidere* che ricorra nei *mezzi* adibiti non è criterio che valga, a meno che quei *mezzi* adibiti si riferissero *esclusivamente* alla morte, o almeno che la morte fosse la conseguenza ordinaria e quasi necessaria dei medesimi, ed abbiasi ragione di credere che per codesta loro condizione micidiale si eleggessero dall' agente. Ora codesti termini non si adattano all' uso di un' arma, o da taglio o da fuoco. E coloro che corrono precipitosi a dire *nell' arma adoperata vi era l' attitudine ad uccidere*, dunque nel feritore vi era la *intenzione di uccidere;* non fanno un buon sillogismo. Il loro ragionamento è vizioso per tre cagioni.

1.° Perchè dai *mezzi* usati argomentando al *fine* voluto, *suppone un calcolo* in chi non agì per *calco-*

Digitized by Google

lo, ma per subitanea perturbazione. E così confonde la prova dell'*elemento materiale* del tentativo con la prova dell'*elemento intenzionale*. Anzi rinnega, contro i principii fondamentali, il bisogno di questo elemento: e viene a creare il tentativo nella *sola attitudine* dei mezzi adoperati.

2.° Perchè dimentica quella verità sentita da tutti, che l'uomo irato dà di piglio al primo stromento che gli cade sotto la mano, senza riflettere se il suo effetto sarà o no micidiale.

3.° Perchè dimentica la verità sperimentale che ammaestra come anche nell'uso di armi o da taglio o da fuoco il *risultato più frequente* e *ordinario* sia il ferimento: il più infrequente l'omicidio. Questa verità è dimostrata dalle statistiche degli spedali, e dalle statistiche dei processi criminali. E da ciò si rende palpabile il sofisma dell'argomento che riducesi a questi termini — *Cajo ha usato uno strumento che in dieci casi cagiona la morte, ma in trenta cagiona soltanto il ferimento: dunque ha voluto la morte e non il ferimento.* — Non vi è dialettica che possa velare il vizio di tale argomentazione. Eppure cotesto viziosissimo argomento è quello che si ripete tutte le volte in cui si precipita dalla prova dell'*attitudine* alla prova della *intenzione*, senza cercare a questo distinto elemento una distinta costruzione. Del rimanente la regola che nei delitti commessi sotto l'impeto d'istantanea collera non può aversi la nozione del tentativo, regola ammessa da Romagnosi, sostenuta da Nani, da Carmignani, da Lauria, da Giuliani, da Puccioni, e

Digitized by Google

da altri molti, si è di nuovo nitidamente insegnata dall' Haus *(Cours de droit criminel, Gand,* 1861, 1, 79-80): che pone come assoluto il broccardo — *dolus indeterminatus determinatur eventu:* e più recentemente dal mio dotto collega signor Tancredi Canonico Professore di giure penale a Torino, nel suo bel libro intitolato *Introduzione al diritto penale pag.* 207.

§. 369.

In questi ultimi due casi di intenzione *indiretta*, e *imperfetta*, il conato sparisce per *difetto* nel suo elemento morale. La regola pertanto deve su questo proposito ridursi, a mio parere, alle seguenti due formule. 1.° Si ammetta conato nell' impeto istantaneo quando gli atti non potevano condurre che ad *un solo* risultato possibile, per esempio il getto del fuoco non può condurre che all' incendio. Allora non potendo supporsi mai che l' uomo (in qualsiasi stato di animo) agisca senza volere *qualche cosa*, è bene necessità logica presumere voluto quell' *unico effetto* che rispondeva all' atto eseguito. 2.° Quando agli atti eseguiti nell' impeto possono rispondere due diversi effetti (per esempio il ferimento e la morte) si deve sempre ritenere il minimo: *semper in dubiis id quod minimum est eligendum.* La perturbazione dell' animo non può negarsi che renda *dubbia* la sua direzione ad un fine piuttosto che ad un altro: e tanto basta. Il dolo resta indeterminato; e col dolo indeterminato non può accozzarsi la nozione del tentativo (1) del delitto più grave.

Digitized by Google

(1) Vedasi Lelievre *de conatu pag.* 201, e Wan Hasselt *ad art.* 295, *pag.* 37.

§. 370.

non susseguito dall' evento stesso — Altrimenti il delitto sarebbe perfezionato dall' evento; e il conato sparirebbe *per eccesso.*

§. 371.

In conseguenza i delitti che *perficiuntur unico actu*, i delitti di *parola*, non ammettendo frazionamento nei loro momenti fisici, non possono offrire i termini di conato.

§. 372.

nè dalla lesione di un diritto o poziore o equivalente a quello che si voleva violare — Il delinquente potè spesse volte dirigere la sua azione ad un *fine ulteriore*, che da lui non si conseguì. Ma non sempre gli è dato per questo, ove pure dimostri essere così rimasto deluso il suo intendimento, di invocare la scusa del tentativo.

§. 373.

Quando l' azione da lui posta in essere ha consumato la offesa di un *diritto universale*, od anche di un diritto *particolare*, ma uguale o poziore di quello che si voleva ledere dal reo; si ha un delitto perfetto nella sua *obiettività ideale:* e sebbene non abbia il

Digitized by Google

colpevole raggiunto la *obiettività materiale* del suo disegno, non può parlarsi di *tentativo*.

§. 374.

Ciò accade in quasi tutti i reati che appartengono alla classe dei delitti *sociali*: o sia *politici*, o diretti o indiretti.

Così la *congiura*; la *perduellione*; l' oltraggio alla *morale* o alla *religione*; lo *spargimento di empii dommi*; la *calunnia*; la *falsa testimonianza*; il *favoreggiamento*; la *violenza pubblica*; la *resistenza*; la *corruzione*; il *falso in strumento pubblico*, o *nummario*; non sono *tentativi* quando siano in sè stessi completi. Non sono *tentativi*, quantunque i loro autori non abbiano respettivamente ottenuto l' *ultimo fine* al quale unicamente dirigevano il loro maleficio. Non hanno rovesciato il governo; non corrotto la pubblica morale; non pervertite le altrui credenze; non hanno fatto condannare l' innocente, o assolvere il colpevole; non procacciata la impunità del reo favorito; non obbligato l' autorità a chinare la fronte alle loro esigenze; non costretto la forza pubblica a desistere dalle sue operazioni; non procacciato una sentenza ingiusta; non hanno lucrato sulla falsa moneta. Niente in una parola di ciò che quei diversi delinquenti volevano ottenere, fu conseguito da loro. Ma pure il loro delitto è *perfetto*: perchè la *effettività* del danno *universale* consiste nella violazione del *diritto astratto* che ha ciascun cittadino a vedere rispettate l' autorità, la religione, la morale pubblica, la giustizia, la pubblica forza, la pubblica fede.

Digitized by Google

E questa *effettività* nel danno recato al diritto *astratto universale* basta a far sì, che la semplice *potenzialità* della violazione del *diritto concreto* costituisca perfetta la offesa alla legge (§. 112).

§. 375.

Ma questa *potenzialità* deve esservi; altrimenti repugnerebbe che atti inconcludenti e puerili configurassero una perfetta offesa alla legge. I fatti che non hanno potenza nessuna di violare effettivamente mai il *diritto concreto*, non possono offendere il *diritto astratto*. Chi oserebbe punire colui che avesse coniato una moneta di legno, o che fosse venuto in giustizia ad accusarmi di aver rubato il campanile del duomo!

§. 376.

Deve però avvertirsi che sebbene tali delitti *non siano tentativi*, ammettono però la nozione del *tentativo* rapporto a loro stessi.

§. 377.

Ma questo effetto della prevalenza del mezzo sul fine, causativa della perfezione del delitto anche quando il colpevole non abbia raggiunto il suo intento, si verifica anche nei delitti di mero *danno immediato particolare*, tutte le volte che col *mezzo* si viola un diritto o *equivalente* o *poziore* a quello, la cui violazione volevasi come *fine*.

Digitized by Google

§. 378.

Così nel *rapimento* di donna a fine di libidine si ha ratto consumato, benchè la libidine non siasi sfogata. Così nella *violenza privata*, e nello *scopelismo*, si ha il delitto perfetto, benchè l' uomo che si voleva intimorire non abbia poscia aderito alle voglie del violentatore o del minacciante: così nel *latrocinio* si ha delitto perfetto, quantunque il malvagio dopo ucciso l' uomo non abbia potuto consumare il furto: e così nell' incendio a fine di furto; e in altri casi.

§. 379.

Così nel furto stesso, sebbene il ladro sorpreso con la roba in dosso mentre scendeva le mie scale, non abbia niente lucrato, il furto è consumato; perchè l' identico diritto di proprietà che si voleva violare dal ladro con lo spogliarmi della cosa rubata, si è già da lui completamente violato nello elemento del possesso col prender la roba.

§. 380.

In tutti questi casi vi è sempre cessazione di conato per ragione di *eccesso;* perchè cioè gli atti compiuti presentando una violazione che uguaglia o soverchia quella che si sarebbe prodotta dall' evento voluto o dagli atti ulteriori, l' azione eccede la nozione del mero attentato (1).

Digitized by Google

(1) Taluni insegnano che la parola *attentato* debba unicamente restringersi a designare gli atti *preparatorii* del tentativo; ossia il tentativo in senso volgare sempre distinto dal tentativo in senso *legale:* ma salvo il rispetto al criminalista Italiano cui piacque tale nomenclatura, io non credo la medesima nè bastantemente fondata nell' autorità, nè bastantemente giustificata dal senso etimologico, nè in alcun modo utile alla trattazione della materia. Potrà forse trovare la sua ragione in qualche diritto costituito. Ma in quanto a me seguito il comune linguaggio, usando promiscuamente come sinonime le parole *attentato, conato, tentativo;* e indicando con il loro semplice e genuino nome gli *atti preparatorii* i quali non essendo punibili non costituiscono un *attentato giuridico*, e perciò non sono in faccia alla scienza *attentati*.

§. 381.

La degradazione della imputazione del tentativo procede sempre con un rapporto proporzionale alla imputazione che sarebbesi data al delitto se fosse stato perfetto. È questo il primo tipo della sua misura.

§. 382.

Ma nello imputare il conato deve ancora aversi riguardo alla *qualità*, e alla *quantità* del conato stesso, servendoci della nomenclatura del Carmignani; alla quale noi per maggiore esattezza vorremmo sostituire le formule di *quantità morale*, e di *quantità fisica*.

§. 383.

La *qualità* (ossia la sua *quantità* morale) nel conato si desume dalla sua *forza morale*. E questa cre-

Digitized by Google

sce o decresce secondo le *cause* che impedirono la consumazione.

§. 384.

Tali *cause* possono essere o *volontarie*, o *casuali*.

§. 385.

Sono *volontarie* quelle che ebbero la loro genesi in un cambiamento tutto ultroneo di volontà nell'agente. È il caso del vero pentimento; è la desistenza dal *fine*, ben diversa dalla mera desistenza *dai mezzi*. Quindi non è vero, come taluno pretese, che alle cause *volontarie* non debba referirsi la *pietà* che siasi destata nell' animo dell' assassino alle preghiere della vittima. Il moto del suo animo, sia pur esso eccitato dal pianto altrui, è sempre moto dell' animo suo; è sempre vero pentimento e vera desistenza dal delitto: lo che non si avvera quando la desistenza è figlia di un moto d' animo che proceda dal sospetto o dal timore di qualche accidente sopravvenuto (1).

(1) Lacointa (*Revue critique tom.* 23, *pag.* 470) censura la nostra nozione delle cause *morali*. Egli dice che in pratica è impossibile conoscere se l' agente desistè spontaneo o coatto. Così confondendo la nozione si fa strada a sostenere la imputabilità malgrado la desistenza spontanea: e per dimostrare questa sua tesi fa un caso di desistenza che non è spontanea come quello che giudicò la Cassazione di Francia il 28 luglio 1848, ove un terzo con la pistola alla mano aveva costretto l' assassino a desistere. Scambiando la ipotesi di fatto è facile confutare qualunque re-

Digitized by Google

gola. Il criterio per distinguere la desistenza spontanea dalla non spontanea è agli occhi miei nitido e chiaro. La esecuzione s' interrompe per un atto di volontà dell' agente tanto se egli si ritrae per un *ostacolo che apprenda*, quanto se desista per *cangiato pensiero*. Ma nel primo caso si ha l' interrompimento per causa *casuale morale;* nel secondo caso si ha l' interrompimento per causa *volontaria*, ossia *desistenza spontanea*. Se l' agente desistè perchè un terzo gl' intimò con la pistola di desistere; se desistè perchè si vide scoperto da qualcuno; se desistè perchè il cane latrò, o perchè vide accorrere gente, la causa è *morale:* poichè tutti cotesti accidenti non gl' impedivano *fisicamente* di continuare; ma non è *volontaria* perchè desistè *contro sua volontà*, mentre egli avrebbe *voluto continuare*. Se l' agente al contrario desistè perchè pensò alla pena, o desistè perchè si commosse al pianto e alle preghiere dell' aggredito; ei non vide in ciò un ostacolo imminente. Fu tutto un moto dell' animo suo che lo fece cangiar consiglio. La causa è *volontaria*. La desistenza è spontanea, e non deve imputarsi. Ugualmente non trovo concludenza giuridica nella distinzione che suggerisce Lacointa *(l. c. pag.* 23) tra cause *reali*, e cause *immaginarie*. L' uno desistè perchè sopravvennero persone, l' altro desistè perchè credette udire sopraggiungere persone ma invece erano i passi di un animale. Pare che l' illustre criminalista trovi una differenza fra caso e caso: io non ve ne trovo alcuna. In ambedue i casi non può dirsi ricorrere causa fisica perchè il sopraggiungere di persone (o reale o immaginario che fosse) non apportava fisico impedimento a continuare. In entrambo i casi non si ha una causa volontaria perchè la genesi della desistenza tiene ad una accidentalità estranea al volere del reo, e perchè egli desistè di mala voglia. In ambo i casi abbiamo dunque una causa *casuale morale*. Precisiamo bene il concetto della *spontaneità* della desistenza, e non troveremo difficoltà ad applicarvi la dottrina della cessazione di ogni pena. In una parola la differenza fra causa *casuale morale*, e causa

Digitized by Google

volontaria si riduce a questa indagine. Il colpevole desistè perchè ebbe *coscienza di non potere* con sicurezza per cagioni o vere o supposte, compire il delitto? La causa è *casuale morale* e il tentativo rimane imputabile. Il colpevole desistè perchè rimanendo in lui la *coscienza di potere senza proprio pericolo* condurre a termine il reato cambiò consiglio? Non è imputabile. La non imputabilità non la desumiamo dunque dalla circostanza del *mutato consiglio*, ma dalla *cagione* del mutato consiglio. Se cotesta cagione provenne dall' apprensione di un ostacolo o di un pericolo proprio imminente, non è resipiscenza. Se provenne da pietà o da prevalenza della ragione e del sentimento del dovere, è resipiscenza. Ho voluto qui dilungarmi in questa confutazione per mostrare quanta stima io mi abbia del dotto Magistrato francese che ha fatto studi profondi sul tentativo; stima che niente impallidisce per certi dissensi che la lunga corrispondenza della quale mi ha onorato non è riuscita a vincere tra di noi.

§. 386.

Le cause *casuali* sono quelle provenienti da circostanze, che sospesero la esecuzione del reato contro la volontà dell' agente.

§. 387.

Queste possono essere o *fisiche*, o *morali*. Le cause che altri disse *legali* non degradano il conato; ne distruggono la essenza: ed è repugnante il dire che ciò che *distrugge* un essere attribuisca una *qualità* all'essero stesso.

Digitized by Google

§. 388.

Le cause *fisiche* sono quelle che con un' azione *materiale* impedirono la consumazione: sia che abbiano agito sul soggetto attivo primario, come se alcuno arrestò il braccio del feritore: sia che abbiano agito sul soggetto attivo secondario; come se la falsa chiave si ruppe nella serratura che dovea rendere aperta: sia che abbiano proceduto dal soggetto passivo o dell' attentato, o della consumazione presentando un ostacolo materiale che abbia resistito all' azione colpevole. Tostochè l' impedimento o l' ostacolo ha agito *materialmente*, dicesi il delitto essere rimasto imperfetto per causa *fisica*.

§. 389.

Le cause *morali* sono quelle che agirono sulla volontà del colpevole, e lo costrinsero mal suo grado a desistere. Naturalmente anche tali cause devono consistere in una *materialità:* ma questa ha esercitato una influenza *coattiva* non materiale ma puramente *morale* sul fatto. Così se un accorso acclama contro il feritore e il feritore desiste, tale acclamazione è un fatto *materiale,* ma la sua influenza fu puramente *morale;* perchè malgrado le grida poteva bene colui continuare a ferire; e se desistè, e così non avvenne l' omicidio, fu perchè quelle grida eccitarono nell' animo del feritore una trepidazione, che lo spinse a cessare le offese, quantunque il suo braccio potesse ancora continuarle e quantunque in lui ne perseverasse il desiderio.

Digitized by Google

§. 390.

La *qualità* del conato, desunta così dalla diversità delle *cause* che impedirono la consumazione, influisce sulla imputazione del conato stesso in questo senso: che tanto più si degrada la imputazione dalla misura che avrebbe avuto se il delitto fosse stato perfetto, quanto più nello impedimento della sua perfezione ebbe parte la volontà dell' agente.

§. 391.

La degradazione desunta da cotesto criterio giunge fino ad annientare la imputazione del tentativo (1), se la desistenza dall' azione fu *esclusivamente* attribuibile alla volontà del suo autore; purchè avvenisse ad un momento in cui non era stato ancora violato nessun diritto. È evidente che quando la causa impeditiva della consumazione fu *volontaria* nel senso testè (§. 385) definito, il danno mediato sparisce affatto; perchè i buoni certamente nulla hanno a temere da cotesto fatto, il quale ove cento volte si ripetesse non potrebbe mai turbare di un atomo l' ordine esterno: e sarebbe puerile il supporre che ne potessero trarre argomento di audacia i malvagi.

(1) Concorda *leg.* 19 *ff. ad leg. Cornel. de falsis* — *suffragio justae poenitentiae absolvuntur* — *Leg.* 1 *Cod. de crim. stellion* — Strykio *de jure sensuum diss.* 10, *n.* 27, *et seqq.* Per la cessazione di ogni imputabilità nel caso di

Digitized by Google

desistenza volontaria erasi dapprima pronunziato il Carmignani. Poi nelle ultime edizioni dei suoi *elementi* passò nel pensiero di Kemmerich, e opinò (§. 245 *nota* 3) che dovesse almeno leggermente punirsi lo attentante che spontaneo aveva desistito. Per la imputabilità malgrado il pentimento si pronunziarono il Claro (*sententiarum lib.* 5, *quaest.* 60, *n.* 21), Boehmero (*meditat. in C. C. C. art.* 178, §. 13) Carpzovio, Grollman, Tittmann; Philipse, e Kleinschrod che si contentò di un monito giudiciale, e Wintgens, il quale si strinse all' argomento che anche il conato è una violazione di legge, e così un delitto punibile. Al contrario sostennero la non imputabilità penale Cremani (*lib.* 1, *parte* 1, §. 4) De Simoni (*delitti di mero affetto parte* 1, *cap.* 7, §. 8) Feuerbach, Bexon, Oersted, Schroter, Henke, Bauer; i quali fanno prevalere la considerazione politica. Meglio di tutti lo Jongsma *dissert. an delinquendi conatus poena sit afficiendus, si delinquens mutato consilio sponte et ultro nulla ratione extrinsecus accedente coactus, a delicto consummando se abstineat pag.* 57 *et* 84 *et per tot.*

§. 392.

La *quantità* del conato (ossia la *quantità fisica)* che è il secondo criterio della sua misura, si desume dalla sua *forza fisica*. E cresce o decresce secondo che il momento al quale si arrestò l' azione era più o meno *prossimo* all' ultimo atto consumativo.

§. 393.

In questo criterio fondasi la distinzione tra conato *prossimo* e conato *remoto*. Il conato *incomincia* quando gli atti acquistano *univocità* verso il delitto. Fin-

Digitized by Google

chè sono equivoci non sono che *atti preparatorii*, e non costituiscono attentato politicamente imputabile. Quando acquistano *univocità* (sono cioè indubitatamente diretti al delitto) assumono il carattere di *atti di esecuzione.*

§. 394.

Ma finchè gli atti di esecuzione si svolgono sul mero *soggetto attivo secondario,* o sul *soggetto passivo del conato* (nei casi in cui vi ha luogo) non sono che tutto al più tentativi *remoti.*

§. 395.

Quando l' azione comincia ad esercitarsi direttamente sull' uomo o sulla cosa che sono destinati ad essere *soggetto passivo della consumazione,* il tentativo diventa *prossimo.* In una parola il tentativo è *prossimo* quando è incominciata la esecuzione *obiettiva:* tutti gli atti di mera esecuzione *subiettiva* sono tentativo *remoto.*

§. 396.

Il tentativo *remoto* o non è imputabile, o lo è assai lievemente in confronto del *prossimo.* La *prossimità* cresce come più gli atti si avvicinano alla *consumazione;* e cresce, non in ragione diretta del numeno degli *atti eseguiti,* ma in ragione inversa del numero degli atti che rimanevano a farsi per giungere *ad esaurire* la consumazione.

Digitized by Google

§. 397.

Sono queste le regole con le quali il conato si distingue dai delitti perfetti, e dagli atti politicamente innocenti. E così si gradua la imputazione del conato sulla ragione composta della sua *qualità*, e della sua *quantità:* o come preferirei dire, della sua *quantità morale*, e della sua *quantità fisica*.

§. 398.

Ma tutta questa nomenclatura bisogna intenderla nel senso in che noi la usiamo; altrimenti le regole sarebbero fallaci. Per noi la *esecuzione* del *delitto* esprime una serie di momenti che sono distinti da quelli della *preparazione*, e da quelli della *consumazione*.

Avverto ciò perchè la parola *esecuzione* varia di significato non solo nel linguaggio *volgare*, ma anche nel linguaggio *legislativo*.

1.° Varia nel linguaggio *volgare*, nel quale spesso si confonde la prima *esecuzione* del *disegno pravo*, con la *esecuzione* del *delitto*. Quando un uomo deciso ad uccidere carica l' arma, il volgo dirà che comincia ad *eseguire*. Sì: egli comincia ad *eseguire* il suo *disegno:* ma il *delitto* come *ente giuridico* non incomincia che quando incomincia *univocamente* il rapporto di contradizione fra gli atti e il diritto attaccato. Per il giurista quelli atti non sono di *esecuzione*, ma di *preparazione*.

2.° Varia nel linguaggio *legislativo*. Perchè alcuni codici (per esempio quello di Francia) usano la pa-

Digitized by Google

rola *esecuzione* a significare la *consumazione*. E così lasciando impunito il conato *remoto*, non ravvisano tentativo politicamente imputabile, che quando sono incominciati gli atti di *consumazione*. È per ciò che Rossi, e in generale tutti coloro che si sono ispirati alla definizione del codice Francese, vi dicono che il ladro finchè rompe l'uscio, e si introduce nella casa non ha anche cominciata la *esecuzione*, e che la comincia solo quando egli porta la mano sulla cosa che vuol rubare. Così dicono che l'omicida incomincia la *esecuzione* allora soltanto quando appressato alla vittima imprende a darle colpi nella persona. Così altri sostengono che colui il quale imposta un'arme da fuoco contro il nemico carica e a cane alzato, con animo di esploderla e uccidere, se vien fermato il suo braccio, non è reo di tentativo: onde per punir questo fatto ricorrono al concetto della minaccia; concetto evidentemente falso, perchè la essenza della minaccia sta nell'animo di atterrire, del tutto alieno da chi ha invece l'animo di uccidere. È evidente che questa dottrina è tutta figlia di una varietà di linguaggio; e precisamente del diverso senso che si è dato alla parola *esecuzione*, referendovi il concetto mero di *consumazione*. Vi è dunque fra noi e loro difformità di linguaggio, la quale conduce in alcuni casi ad una difformità di applicazione di principii.

Per noi la *preparazione* è distinta dalla *esecuzione*, come la *esecuzione* in stretto senso lo è dal periodo della *consumazione*. Gli *atti preparatorii* si sconfinano dagli *atti esecutivi* mercè la *univocità*: quelli non sono niente; questi sono conato *remoto*. Gli *atti esecutivi*

Digitized by Google

si sconfinano dagli *atti consumativi* mercè la *presenza* del *soggetto passivo* della consumazione. Gli atti che si svolgono fuori della presenza dell' uomo o della cosa su cui doveva il crimine consumarsi, sono *conato remoto:* quelli che si svolgono sul soggetto passivo della consumazione sono, non più meri atti *esecutivi*, ma atti *consumativi;* e divengono conato *prossimo*. Il quale diviene delitto *perfetto* tostochè è *consumata* la *violazione del diritto attaccato*. Che se gli *atti consumativi* sono idoneamente esauriti, ma l' evento reo non segue per cagione di un *fortuito imprevisto*, il conato compie la sua vita giuridica, e trapassa in *delitto mancato*.

II.

Del delitto mancato.

§. 399.

Il delitto, dicemmo, può restare imperfetto così quando gli atti *necessarii* ad ottenere il pravo fine non sieno stati *tutti* eseguiti, come allorchè, malgrado l' esaurimento loro, non sia per una qualche fortuita combinazione, susseguito l' evento che dal colpevole si agognava. Nel primo caso si incontra il conato; nel secondo il tentativo può trapassare in *delitto mancato*.

§. 400.

Gli antichi criminalisti non conoscevano come una specialità il *delitto mancato;* e chiamando ora *conato*

Digitized by Google

pretergresso, ora conato *perfetto*, quel fatto in cui l' agente aveva esaurito tutti quelli atti che nel disegno suo dovevano raggiungere il desiderato evento, senza averlo peraltro procacciato, ritenevano questa forma come il più *prossimo* dei tentativi.

§. 401.

Modernamente fu avvertito che nel *delitto mancato* vi era soverchianza di *pericolo*, e di *danno mediato*, a paragone dei semplici tentativi. E si fece una nozione distinta di questa specialità; la quale fu accolta nella scienza, e trovò sede in parecchi tra i codici moderni (1).

(1) È universalmente assentita la opinione che attribuisce a Romagnosi il merito di avere per il primo segnalato la configurazione del delitto mancato; che è bene distinto dal conato pretergresso degli antichi, inquantochè a questo bastava che lo agente avesse compiuto tutti gli atti coi quali intendeva giungere al pravo effetto, mentre quello richiede di più che si siano eseguiti tutti gli atti che erano per la natura del fatto *necessarii* a raggiungere il fine. Trovo però che il codice Prussiano del 1794 promulgato da Federigo Guglielmo, agli art. 40 e 41, distinse il caso in cui il colpevole avesse eseguito tutti gli *atti necessarii* al delitto senza consumarlo, e il caso in cui fosse stato impedito a compirli. Nel primo caso diminuiva la pena ordinaria di un grado; nel secondo di due gradi. Ma siccome Romagnosi aveva pubblicato la sua genesi del diritto penale in Pavia nel 1791, così è probabilissimo che i giuristi chiamati da Federigo a comporre il suo codice del 1794 attingessero questa idea dai libri del nostro antecessore.

Digitized by Google

§. 402.

Il *delitto mancato* si definisce — *la esecuzione di tutti gli atti necessarii alla consumazione di un delitto, posta in essere con intenzione esplicitamente diretta a cotesto delitto, ma non susseguita dallo effetto voluto per cagioni indipendenti dalla volontà e dal modo di agire del colpevole* — L' analisi fatta di sopra della definizione del conato semplicizza l' analisi della definizione del delitto *mancato:* ed è inutile ripetere ciò che si è detto in ordine al suo elemento *morale;* cioè alla intenzione.

§. 403.

Specializza la nozione del delitto mancato quella formula — *esecuzione di tutti gli atti necessarii alla consumazione di un delitto.* Ciò che costituisce la essenza *materiale* del delitto mancato è l' *esaurimento di tutti* gli atti *necessarii al delitto.* Finchè l' azione criminosa era *in via*, poteva il delinquente *pentirsi*, e pentirsi utilmente. Ma quando *tutti* gli atti erano compiti, il pentimento (se in quegli atti era la *idoneità)* sarebbe stato tardo ove la provvidenza non avesse, con la intromissione di un fortuito, salvato la vittima.

§. 404.

Questa considerazione porta ad imputare maggiormente il delitto mancato. Ma fu spinta da alcuni sino

Digitized by Google

al punto di desumerne la uguaglianza della sua imputazione col delitto perfetto. Questo per altro è un errore; perchè vuole giustizia che come il fortuito (che rese più grave l' evento) spesso aggrava la sorte di un giudicabile, così si tenga conto a di lui favore del fortuito che impedì l' evento a cui egli tendeva. D' altronde il pubblico spavento è sempre minore dove non è a piangersi la vittima del malefizio. Il danno immediato non vi è; e la sua totale assenza non può restare senza peso appo la giustizia. Esige infine la politica che una differenza (1) nella repressione serva di freno all' autore del delitto mancato, per dissuaderlo dal *rinnovamento* degli atti criminosi del quale potrebbe spesso avere occasione.

(1) Ai sostenitori della regola della disparità nella pena così nel tentativo come nel delitto mancato si è aggiunto di nuovo Berner (*Lehrbuch des deutschen strafrechts, Leipzig* 1866, §. 134, *e nota* 2, *pag.* 224) il quale la sostiene tanto per ragioni di giustizia quanto per ragioni di politica, quanto per l' argomento già in largo svolto dal nostro Nicolini che nella maggior parte dei casi la deficienza dello evento sinistro è sempre più o meno attribuibile ad una indecisione della volontà.

§. 405.

Ma non a caso si dice — *tutti gli atti* necessarii *al delitto* — Esiste differenza fra l' avere eseguito *tutti gli atti necessarii*, e l' avere eseguito *tutti gli atti che il delinquente aveva disegnato*. Queste due formule talvolta si unificheranno, per mera accidenta-

Digitized by Google

lità, nel caso concreto. Ma possono anche non unificarsi; ed allora il delitto mancato sparisce se non trova applicazione la prima formula, quantunque la trovi la seconda.

§. 406.

Gli atti *necessarii* a produrre un effetto sono definiti dalle leggi naturali sui rapporti delle cose. L'uomo può scoprire cotesti rapporti, ma non *crearli*, o distruggerli. E se con la vanità della sua immaginazione si figura di produrre un effetto con atti ai quali la natura loro ha negato cotesta potenza; egli dà opera ad un' azione che è scevra di ogni *pericolo*, e che per conseguenza non può essere causa di ragionato timore nei cittadini.

§. 407.

La *inidoneità* degli atti è per conseguenza distruttiva del *delitto mancato*, a qualunque momento sia intervenuta. Potrà nei congrui casi rimanere un tentativo, se una serie di atti idonei intervenne che fosse valevole a costituirlo: ma il *delitto mancato* non vi si può ravvisare, quantunque l' agente abbia esaurito tutta la serie dei momenti che costituivano l' azione da lui disegnata; ed abbia così eseguito anche l' ultimo atto, che nel suo erroneo concetto doveva esaurire la consumazione.

§. 408.

Si immagini per esempio che taluno con un archibugio carico a piombo minuto vada in cerca del suo

Digitized by Google

nemico per ucciderlo; e raggiuntolo gli diriga contro l'arma. Abbiamo fino a questo momento un tentativo. Se a costui fosse arrestato il braccio, ei sarebbe responsabile di *tentativo prossimo* di omicidio. Costui però non fu fermato; ed esplose: ma ignaro dell'uso dell'arme, attese ad esplodere quando il nemico già si era dilungato per duecento e più passi da lui. Ecco, egli ha consumato l'*ultimo* atto del *suo disegno;* ma non per questo egli può dirsi colpevole di omicidio mancato, quando siasi certi che con quel piombo, ed a quella distanza, era *impossibile* per legge fisica uccidere.

§. 409.

Quel colpo lanciato al vento è un atto insano, che non può noverarsi nella somma delle azioni *pericolose*, di cui si chiede conto al loro autore. In quello non fu che una *intenzione* prava: l'assenza sì del *danno* come del *pericolo*, lo rese spoglio della *forza fisica*, indispensabile ad ogni atto delittuoso. Tutti gli atti *disegnati* furono eseguiti; tutti gli atti *necessarii* no. Quell'atto ultimo in cui non era potenza di uccidere, non può dirsi *atto di consumazione:* è un atto consumativo *immaginario:* nei sogni dell'agente figurò come *atto consumativo*, ma nella *realtà* delle cose non lo era, per la perentoria ragione che *non poteva* consumare l'omicidio. La giustizia penale non colpisce le fantasie nè i desiderii; ma gli atti esterni che furono cagione o di *danno*, o di *pericolo* vero ed effettivo.

Digitized by Google

§. 410.

Se la inidoneità fu solo nell'ultimo atto che rese vani tutti gli altri, quest'atto è giuridicamente come non esistente; perchè privo della *forza fisica* delittuosa. Dunque l'azione difetta di uno dei suoi momenti: dunque non vi è *delitto mancato*. Se il delitto mancato deve essere un delitto completo *soggettivamente*, e soltanto imperfetto *oggettivamente*, egli è bene necessario che presenti completa la *soggettività ontologica*, e non la sola *soggettività psicologica*. Lo aver l'agente perseverato nel malvagio volere fino all'estremo, rende perfetta la soggettività *psicologica*, ma gli atti (od anche un solo di loro) che manchino di potenza, lasciano incompleta la *soggettività ontologica*, e così il malefizio non può più dirsi *soggettivamente* perfetto.

§. 411.

Rimane però il precedente tentativo, che si costituiva di una serie di atti rappresentanti un pericolo. La inesperienza del colpevole che tardò ad esplodere finchè si fosse allontanata la vittima tanto da non più potere essere offesa, rappresenta la causa fisica fortuita che fece restare imperfetto il delitto; ma non può distruggere i fatti precedenti, nè cancellare la imputazione già incorsa coi medesimi. E la dico *causa fisica fortuita*, ossia *casuale* (§. 386) quantunque la tarda esplosione si facesse in quella guisa per volontà libera dell'agente; perchè la sua volontà non dirigevasi a

Digitized by Google

non uccidere, ma anche in quel momento ad uccidere: e così fu fortunoso l'errore di giudizio che fece intervenire la *causa fisica* della aumentata distanza ad impedire la strage. È un equivoco il credere che la esplosione pazza ed impotente per natura, renda inaccettabile la idea del tentativo. Questo pensiero nasce dall'osservare che gli atti non sono stati interrotti. Si dice che a colui che esplose non restava *niente* a fare, e quindi si afferma che nella sua azione non può più essere *tentativo*. Ma non si riflette con ciò che l' atto ultimo fatto *inutilmente è* come *non fatto:* è *giuridicamente* nullo. Onde il tentativo resta pei fatti precedenti se in loro ne avevano i caratteri. Non è vero che a costui non restasse *niente a fare:* sì, gli restava ad esplodere l' arma *in modo* da colpire, e questo non fece. E la ragione di *non avere ciò fatto* opera il duplice effetto giuridico, di lasciare sussistente nella somma degli atti eseguiti la figura del tentativo, e di escludere dalla somma di tutti quelli atti la figura dell'omicidio mancato.

§. 412.

Merita peraltro inevitabile censura l' aggiunta che in alcuni codici si fece alla definizione del delitto mancato mercè la formula *per parte sua (eseguito per parte sua tutti gli atti)*. Nei casi ordinarii tale addizione non porterà cambiamento. Ma vi sono molte forme di reato, come a modo di esempio il veneficio (§. 1178) che spesso si consumano da persone innocenti che divengono strumenti del malvagio. Quando gli atti consumativi dovevano eseguirsi da tali

Digitized by Google

persone, al malvagio che tutto avea predisposto *nulla rimaneva a fare per parte sua:* dunque avendo per parte sua tutto fatto si verrebbe mercè quella formula viziosa a trovare un delitto mancato in atti che sono lunga pezza distanti dallo incominciamento dei consumativi e che talvolta possono anche guardarsi come meramente preparatorii; lo che è un assurdo.

§. 413.

È conseguenza logicamente indeclinabile di tali principii, che a costituire la *essenza di fatto* del *delitto mancato* si esiga l'*attitudine dei mezzi* con tutta la più rigorosa esattezza; e se ne istituisca la ricerca con più positivo criterio, di quello si faccia nel tentativo. Laonde ad escludere il *delitto mancato* può bastare la *inidoneità* meramente *relativa,* purchè si connetta al disegno dell'agente (§. 423). E in ciò consiste una differenza fra il modo di essere del delitto mancato e del conato; pel quale vedemmo (§. 362) non bastare la inidoneità *relativa*. ad escluderlo. Sebbene i mezzi adoperati non fossero *assolutamente* incapaci, cioè *subiettivamente,* pure se lo erano a cagione del loro *rapporto* con quel soggetto passivo, o con quell'ordine di esecuzione che prescelse il colpevole, e cioè *obiettivamente*, tanto basta perchè la *mancanza* dell'evento discenda dalla *volontà* dell'agente che scelse quell'ordine di esecuzione; e dal *modo d'agire* di lui, nel quale (stante la *inettitudine relativa)* era insita per legge inalterabile della sua natura la mancanza di risultato.

Digitized by Google

§. 414.

L' attitudine perciò non basta che sia *meramente possibile:* ma bisogna che il *mezzo* scelto e l' *evento* che si vuol dire *mancato*, stiano tra loro nel rapporto di *causa* ad *effetto* nel *corso ordinario* dei fatti. È possibile che un atleta con un pugno uccida un uomo. Se io (ammettasi pure con animo deliberato ad uccidere) ammeno un pugno al mio nemico e gli reco una semplice contusione, avremo l' *elemento intenzionale* del delitto mancato, perchè la truce intenzione perseverò fino all' estremo momento della esecuzione del pravo disegno; ma non ne avremo l' *elemento materiale:* e sarà errore applicare cotesto titolo. Era nel pugno la *possibilità* di uccidere; ma nel *corso ordinario* dei fatti i pugni non uccidono. Dunque se al mio colpo non susseguì la morte voluta, fu per cagione del *mezzo stesso* da me scelto. Il mio disegno era un volo pindarico, che aveva in sè stesso la causa del suo fallire. Non vi è *delitto mancato*, perchè non fu uno *straordinario fortuito* quello che impedì la uccisione, ma l' ordinario rapporto delle forze materiali, che il delinquente aveva posto in movimento. Vi è una *intenzione* feroce. Ma le intenzioni non hanno valore appo la giustizia penale, se non in quanto sono accompagnate da un danno effettivo o da pericolo *reale*. Da ciò dipende anche il danno mediato, che tanto influisce sulla politica imputabilità.

Digitized by Google

§. 415.

È perciò che nella definizione del delitto mancato si soggiunge — *non susseguito dall' effetto voluto per cagioni indipendenti dalla volontà, e dal modo di agire del colpevole.*

§. 416.

Dire — *dalla volontà* — sembra a prima giunta superfluo, perchè se l' evento mancò per volontà dello stesso agente, è così incivile la idea di aumentare la sua responsabilità in ragione di un fatto che egli avrebbe *diretto ad impedire* il delitto, da non meritare neppure di essere notata.

§. 417.

Ma la indicazione della *volontà* (1) si ricongiunge con la indicazione del *modo di agire* del colpevole; appunto perchè quel modo di agire fu *voluto* da lui; e così fu voluta da lui la causa, benchè senza previsione, del non successo.

(1) Oltre a ciò la formula che per potere obiettare il delitto mancato occorra che il non successo sia dipeso da cause *indipendenti* affatto dalla volontà dell' agente, ha un' altra importanza applicativa. Possono essere stati dal colpevole eseguiti tutti gli atti necessarii a consumare la offesa da lui voluta e condotta a termine con perseverante malvagità di volere; ma il fatto poteva essere di tale natura da ammettere la utilità di un pronto riparo; e può il

Digitized by Google

delinquente per un salutare pentimento avere egli medesimo procacciato cotesto sollecito riparo che ha distrutto la nocuità del fatto ed impedito l'evento finale. Fu gettato il nemico in mare, gli fu dato veleno mortifero: tutto era fatto, e con tali condizioni che la morte di quell'infelice sarebbe stata dopo brevi minuti l'effetto necessario. Ma il colpevole si pentì, si gettò alla riscossa o corse a porgere un contravveleno, e salvò la vittima. In tale ipotesi il delitto mancato per il rigore dei principii ontologici ricorrerebbe completo: i fatti posteriori potrebbero valutarsi come attenuante ma non distruggere la nozione del delitto mancato già sorta completa. Pure vuole politica che si faciliti il pentimento dei traviati; e perciò nella nozione *giuridica* del delitto mancato si ammette che in simile ipotesi questo non si riconosca sebbene per la sua nozione *ontologica* dovesse dirsi esistere. Ecco il notabile effetto del richiamo fatto nella definizione alla volontà dell'agente.

§. 418.

E precisamente perchè il *modo di agire* fu volontario nell'agente, se in cotesto modo di agire da lui scelto stette la causa stessa che frastornò l'evento, l'opera sua nacque senza quelle condizioni di pericolo perseverante fino all'estremo, sul quale si appoggia la imputazione ed il titolo speciale del *delitto mancato*.

§. 419.

Quando pertanto la causa che impedì la violazione della legge fu insita al disegno e al *fatto stesso* dell'autore, sarebbe repugnante ai principii della scienza il tenerlo responsabile di tutti i momenti dell'azione,

Digitized by Google

e così portargli a carico anche quello fra tali momenti dal quale provenne la salvezza della vittima. Fu, è vero, perseverante il malvagio volere, ma non fu completa l'azione delittuosa nei suoi rapporti ontologici col resultato a cui la medesima si dirigeva.

§. 420.

Ciò è intuitivo quando l'ostacolo provenne dal *soggetto attivo secondario* del delitto: cioè dai mezzi o strumenti adoperati dal reo.

§. 421.

Quando però l'ostacolo provenne da condizioni speciali del *soggetto passivo*, per le quali i mezzi adoperati riuscirono vani a cagione del loro rapporto fra questi e quello, bisogna distinguere.

§. 422.

O tali ostacoli erano sconosciuti all'agente (per esempio l'impedimento provenne da una maglia di acciaro che il nemico portava sulle carni) ed allora in questi ostacoli stessi si configura il *fortuito* che frastornò l'evento; e si avrà il *delitto mancato*. Non potè la volontà dell'agente portarsi su cosa incognita; cotesto ostacolo da lui imprevisto è estraneo al suo modo di agire. È il vero caso in cui l'impedimento è tutto indipendente dal soggetto attivo.

Digitized by Google

§. 423.

O quell' ostacolo era *precognito* all' agente: ed egli credeva di superarlo coi mezzi usati: ma i mezzi usati erano per legge di natura loro impotenti a superarlo: ed allora non si ha *delitto mancato*. Era, a modo di esempio, il nemico difeso dietro un riparo: ed il colpevole esplose l' archibugio con piena risoluzione di uccidere, pensando che la palla traforasse il riparo mentre ciò era fisicamente impossibile. La volontà dell' agente si portò su cotesto impedimento poichè lo conobbe, e benchè lo conoscesse non usò i mezzi valevoli ad eluderlo; scelse un modo per vincerlo che era a ciò affatto impotente. Il rapporto tra l' impedimento ed i mezzi usati entrò nel disegno del colpevole: e questo disegno, tale quale fu concepito ed eseguito, fu scevro affatto di *pericolo*. Un' azione siffatta, ove cento volte si ripetesse, non potrebbe mai nuocere: il *delitto mancato* non vi è. Mancò l' evento pel *modo di agire* del reo; mancò perchè *tutti* gli atti *necessarii* a procacciarlo *non furono* eseguiti.

§. 424.

Riassumendo tutta la teorica del tentativo e del delitto mancato nella più semplice formula, abbiamo questa conclusione. Essenziali al conato perchè possa imputarsi come delitto, sono la *intenzione* ed il *pericolo*. L' autorità non può senza tirannide minacciare politica imputabilità ove uno di questi elementi difetta. Il ma-

Digitized by Google

gistrato non può, senza abuso di potere, civilmente imputare un fatto ove sia stata deficienza dell' uno o dell' altro elemento; nè, senza imperdonabile aberrazione, supplire alla deficienza di un elemento con l' altro. I due elementi debbono essere posti in sodo ciascuno di per sè: andrebbe a ritroso dei precetti logici e giuridici chi credesse che il grave pericolo del fatto supplisse alla intenzione dell' agente; o che la malvagia intenzione supplisse al pericolo che non era nel fatto.

§. 425.

Del resto per ciò che attiene alla misura della imputazione, il delitto mancato deve rappresentare una media proporzionale fra il tentativo prossimo e il delitto perfetto. Noi non accettiamo la dottrina che vorrebbe parificare nella pena il delitto mancato al consumato; benchè adottata da alcuni codici, e benchè abbracciata da Romagnosi, sostenuta da Chauveau, ed anche recentemente difesa con calore da Bernard (1), e da altri rispettabili giureconsulti.

(1) *Revue critique de legislation vol.* 20, *pag.* 466: articolo che Bernard indirizzò ai legislatori del nuovo regno d' Italia. Ma la dottrina della parificazione ebbe sempre poca fortuna in Italia: Gabbriello *cons.* 170, *n.* 1 — Riminaldo *cons.* 327, *n.* 11 — Silvano *cons.* 43, *num.* 20, *lib.* 1 — Grammatico *decis.* 2, *et decis.* 74 — Ciazzi *disc.* 26., *num.* 97; il quale fa proprio il caso del nostro delitto mancato, e insegna doversi irrogare una pena minore *quamvis sit deventum ad actum proximum veluti ad exonerationem archibusii.* Il Pas-

Digitized by Google

serino nel suo trattato *de occidente unum pro alio pag.* 222, dice che per la consuetudine universale di tutta Italia accolta in gran parte di Europa, il conato anche prossimo dell'omicidio e condotto fino all'estremo momento di azione deve punirsi meno del delitto consumato; *eadem lege punitur sed non eadem poena.* È singolare la velleità di alcuni scrittori francesi contemporanei i quali non contenti di serbare cara per la Francia la tradizione severa della parificazione del tentativo al consumato delitto nella pena, pretendono ancora di richiamare i nuovi legislatori italiani a desertare le glorie delle loro consuetudini e a francesizzarsi anche in questo. Affè di Dio sarebbe un bel progresso!! Ma in Francia si rispettano ancora e si allegano le tradizioni dei Capitolari di Carlo Magno dove al *cap.* 10, *lib.* 7, si legge — *qui hominem voluerit occidere, et perpetrare non potuerit homicida est.* Per il più ampio sviluppo di questa materia si vedano le mie lezioni *sul grado nella forza fisica del delitto (Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 6).

Articolo II.

Della complicità.

§. 426.

In un delitto possono prender parte parecchie persone. Giustizia vuole che tutte siano chiamate a rendere conto della parte presa nella infrazione della legge; ma vuole altresì che ciascuno ne risponda proporzionalmente alla *influenza* che ha esercitato sulla infrazione. Di qui la importanza della dottrina della complicità.

Digitized by Google

§. 427.

L' *autore* principale del delitto è colui che eseguì l' *atto consumativo* della infrazione. Coloro che agli *atti consumativi* presero parte, sono o *coautori* o *correi;* ma tutti delinquenti *principali.* Tutti gli altri che parteciparono o al disegno criminoso, o agli altri atti, ma non a quelli della *consumazione*, sono delinquenti *accessorii*, o complici in lato senso.

§. 428.

La filosofia, che ha per oggetto enti puramente *ideologici*, può bene ravvisare un *autore psicologico* in colui che concepita una idea seppe ordinarla a completo disegno. Ma la scienza penale, che ha per oggetto i soli atti esterni e dei pensieri non si occupa se non per indagare le cagioni di quelli, non può parificare l' autore di una *idea* all' autore di un *fatto.* Il delitto per lei è un *ente giuridico*, che risultando dalla contradizione tra un *fatto* e la *legge*, non ha vita se non è materialmente offesa la legge con un *fatto:* e l' *autore* di questo *fatto* è soltanto colui che *materialmente* (1) lo consumò.

(1) Dicendo che l' *autore* del delitto è colui che *materialmente* lo eseguisce si presuppone per necessaria deduzione dei principii fondamentali che nell' autore materiale ricorra la *criminosità:* vale a dire che egli operi come essere moralmente libero, e così con responsabilità del fat-

Digitized by Google

to suo. Se l'autore materiale era un pazzo, un infante, un coatto, o vittima di errore, sicchè egli non sia imputabile, in lui si rappresenta non più *un agente*, ma uno strumento cieco e puramente passivo della volontà prava di colui che lo mise in moto: l'essere morale in costui sparisce, e non resta che la materia agitata dall'altro. E come non può dirsi autore dell'omicidio il sasso che uccise, così non è autore dell'omicidio il pazzo o il coatto che lo consumò come cieco o passivo strumento del malvagio che lo spinse all'atto. L'autore è colui che con la mano lanciò il sasso, colui che con le arti proprie spinse l'infante o il mentecatto ad uccidere. Quando il fatto materiale non può riferirsi come a sua causa morale immediata alla volontà libera ed intelligente di chi lo eseguisce, non è fatto di questo: costui è la lunga mano di chi volle il delitto, e del suo braccio si valse come puro materiale strumento. Questi allora sta bene che chiamisi *autore* del fatto.

§. 429.

Chi lo ideò e ad altri ne commise la esecuzione, è *l'autore della idea*, non della *offesa alla legge*. Il giure penale ravviserà in costui una *causa* del fatto; e chiamandolo *primo motore* del delitto, lo perseguiterà con rigore anche, se vuolsi, uguale a quello che spiega contro chi lo eseguì. Ma tra l'essere *causa*, o *motore* di un fatto, e l'esserne *autore* (1) vi è differenza essenziale. Può alcuno aver concepito il disegno di un quadro nelle più minute sue parti: può altri aver con denaro indotto il pittore a porre in tela cotesto disegno. Questi due saranno respettivamente *cause* del nascimento del quadro, e averne anche un merito; ma l'*autore* è colui che col pennello gli diede esistenza.

Digitized by Google

(1) La foggia di chiamare *autore* del delitto lo istigatore venne più recentemente rejetta dal dottissimo Berner nei suoi *elementi di diritto penale lib.* 3, §. 109, *nota* 4, osservando che il delitto essendo un fatto esterno vale la regola che per essere autori di un fatto è necessario esserne causa esterna; limitando la regola soltanto nel caso di irresponsabilità dello esecutore: e allega come conforme il *Manuale di* Luden *vol.* 1, *pag.* 455.

§. 430.

Dire *autore* del delitto chi lo ideò, è una finzione, una figura rettorica. Ma una scienza positiva come la nostra deve bandire le metafore dal suo linguaggio. Le scuole criminali erano d'accordo nel distinguere i *motores criminis* dagli *authores criminis* (1). Pare che fosse Tittman il primo che riunì gli uni e gli altri sotto una stessa denominazione. Onde poi gli Alemanni entrambo li espressero col solo vocabolo *urheber*, al quale troviamo appunto nei lessici corrispondere la doppia significazione di *autore*, e *primo motore*. Ma neppure tutta la scuola germanica assentì a tale denominazione. Mittermaier (*archivio del diritto criminale vol.* 3, *pag.* 125) sostenne doversi con diverso nome distinguere nella scienza l'*autore (thäter)* ed il *motore (urheber)*; e da questo l'*ausiliatore* e il *fautore*, che troveremo fra poco.

(1) Eisenhart *de criminum sociis* §. 8 — Kessenich *de sociis in crimine* — Mommaerts *de criminum fautoribus pag.* 8-10. Il Gaertner allargò tanto il significato della parola *autore*, che immaginando un fratello che con letture oscene avesse corrotto l'animo del fratello

Digitized by Google

minore, disse che quello dovesse dirsi *autore* dello stupro da questi commesso; *quia efficientem causam corruptelae fraterculi praebuit (diss. finium culpae, Berolini* 1836, *pag.* 36) Queste sono le aberrazioni a cui si trova condotto chi cerca le definizioni scientifiche non nella realtà della cosa, ma nei concetti fantastici, nelle analogie o nelle figure rettoriche. Il mostro del Venosino potè da lui venir descritto a sua posta perchè era egli che lo creava: ma ciò *che è* non può definirsi che tale quale *esso è*, e non altrimenti.

§. 431.

Il delitto si compone di due elementi — elemento *fisico* (moto del corpo, atti esterni) senza del quale la infrazione della legge non è possibile — elemento *morale* (disegno criminoso, intenzione) senza di cui la materiale violazione del diritto è un accidentale infortunio. Ora la partecipazione dei più individui può essere avvenuta in un solo di questi elementi: o in ambedue. Di qui sorge spontanea la partizione di questa teorica, secondochè si considera — o un concorso di *azione* senza concorso di *volontà* — o un concorso di *volontà* senza concorso di *azione* — o un concorso cumulativo di *azione* e di *volontà*.

1.°

Concorso di azione *senza concorso di* volontà.

§. 422.

Questo primo caso si configura tutte le volte che avvenga ad alcuno di coadiuvare altri in un delitto,

Digitized by Google

senza saperlo e volerlo. Il corpo di costui ha concorso efficientemente alla forza *fisica* del delitto; ma non vi ha concorso l' animo: non ha concorso alla sua forza *morale*. Manca la *intenzione* di violare la legge: e rimpetto a lui l' azione, benchè materialmente offensiva della legge, non è imputabile.

§. 433.

Ciò può avvenire in quattro modi distintissimi tra di loro, che variano secondo la diversa forma che assunse la intenzione di chi cooperava al delitto senza pensare a cooperarvi. Il risultato è però sempre identico in rapporto alla non imputabilità di costui.

§. 434.

1.° Potè avere costui una *intenzione innocentemente* distinta: quando egli credette dare opera a cosa tutta lecita, mentre in realtà un malvagio di cotesta opera sua traeva profitto per violare la legge.

§. 435.

2.° Potè avere una *intenzione criminosamente distinta* (1): quando Cajo credette aiutare Tizio a commettere un delitto più lieve; mentre questi con l' aiuto di lui *dolosamente* consumò in realtà un delitto più grave, che Cajo non prevedeva nè voleva. In quel delitto ulteriore Cajo ha partecipato col corpo, ma non con l' animo: Eisenhart *de criminum sociis* §. 28;

Digitized by Google

e Hoorebecke *de la complicité pag.* 328. Canone da non dimenticarsi mai nella teoria della complicità è il seguente — *il fatto materiale può essere comunicabile* fra più partecipi: la *intenzione* non è mai *comunicabile* da individuo a individuo. Questa configurazione della intenzione *criminosamente distinta* non è una idea nuova; nè nuova è la regola che ne deduco. Essa fu considerata dai romani giureconsulti: e risoluto il problema con la regola della *non complicità.* Vedasi la *leg.* 53 *ff. de furtis;* ove Paolo immagina il caso di uno che *injuriae caussa* atterrò una porta; per la quale altri si introdusse a rubare: e dice che *non tenetur furti,* perchè *maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguunt:* lo che si ripete da Ulpiano alla *leg.* 39 *ff. eod.* L' errore di contentarsi della efficienza *materiale* per costituirne la complicità senza curare la certezza della coefficienza *intenzionale,* non è sostenibile teoricamente, nè da alcuno osa sostenersi: soltanto vi si cade talvolta nella pratica.

(1) La formula della *intenzione criminosamente distinta,* strettamente coerente ai principj fondamentali della imputabilità, scioglie un problema che ha richiamato le osservazioni dei criminalisti contemporanei. Una sentenza dei tribunali di Francia, il 4 piovoso anno XIII, condannò a morte come complice di omicidio *premeditato* un giovine che aveva prestato all' amico un bastone di cui questi si era valso per uccidere un suo rivale. La sentenza dichiarò letteralmente essere *risultato in fatto* che l'amico non avea prestato quel bastone, se non dietro solenne promessa *che non avrebbe ucciso* il rivale. Malgrado la certificazione di questa circostanza, in esecuzione della legge di Francia che parificava anche allora

Digitized by Google

nella pena i complici all'autore principale, quell'infelice fu condannato a morte, e decapitato. Ora; nel febbrajo del 1861 Benoit Champy ha pubblicato a Parigi un eccellente libro sulla complicità. In quel libro ei ricorda quest'atroce sentenza, e se ne vale a mostrare che la legge dovrebbe distinguere nella pena il complice dall'autore principale. Posteriormente Thiengou, dando una succinta analisi dello scritto di Champy, ritorna su questo fatto crudele. E se ne vale per trarne un'altra conseguenza. Egli dice che dovrebbe la legge lasciare ai giudici un arbitrio per modificare la pena secondo i casi. Io non discuto nè la conclusione di Champy (che in massima accetto come verissima) nè la conclusione di Thiengou. Ma dico che nel caso dell'anno XIII, non vi era bisogno di modificazioni legislative per impedire la ingiusta strage di quell'infelice. Io dico che se i giudici ricordavano i veri principj della scienza, quel disgraziato era salvo senza arbitrio e senza correzione di legge. Infatti costui non aveva mai avuto *volontà* diretta all'omicidio. Egli aveva imprestato un'arme, ma con la certezza che non divenisse strumento di morte. Come potè dunque dichiararsi complice di omicidio premeditato? Fosse pure premeditata dall'autore principale la strage, non potè averla *premeditata* chi non la voleva. Si sostituì dunque da quei giudici il concorso *materiale* al concorso *intenzionale;* la coefficienza materiale alla coefficienza morale. Si dichiarò complice di un fatto chi *positivamente non lo aveva voluto.* La causa di uccidere l'accusato si trovò nel *dolo qualificato*, nella *premeditazione:* checchè potesse dirsi quanto al risultato *più grave* derivato dai *mezzi voluti*, certo è che la premeditazione essendo circostanza che tutta risiede nella *intenzione* non può essere *comunicabile.* E ammesso ancora che l'*autore* avesse premeditato la uccisione, certo è che anche in questa ipotesi si sarebbe condannato a morte un uomo *per la intenzione di un altro uomo:* intenzione che quello non avea conosciuto, e a cui non aveva partecipato. Così la qualifica e

Digitized by Google

per conseguenza la pena, furono *aberranti* ed ingiuste, per una giudaica aderenza alla lettera della legge, la quale deve sempre intendersi che subordini i suoi dettati ai precetti sovrani della ragione e della giustizia, formulati nei canoni della scienza. Il precetto che vuole si escluda la partecipazione dove trovasi una intenzione criminosamente distinta, si è sostenuto e svolto da Schuermans (*précis de droit pénal pag.* 28, *et* 29,) contro la comune dottrina francese. È un fenomeno dimostrato dalla storia di quattro secoli che i Giureconsulti dei Paesi Bassi hanno più spesso sostenuto le opinioni più benigne, come i giureconsulti francesi hanno generalmente prediletto le più severe. Vedasi ancora su questo importante argomento Molenès *de l' humanité dans les lois criminelles.* Del resto in Italia il principio della non comunicabilità nè del dolo nè dei suoi gradi fra i partecipi di un fatto criminoso, accogliesi universalmente senza difficoltà. Vedasi §. 1135 nota.

§. 436.

3.° Potè agire con *intenzione indiretta negativamente tale:* versare cioè in un fatto colposo. Ma nei fatti colposi non può esservi complicità, perchè implicherebbe contradizione. È assoluta la regola di Ulpiano *(leg.* 50 §. 2 *ff. de furtis) nec consilium vel opem ferre sine* dolo malo *nemo posse.*

§. 437.

4.° Potè infine trovarsi nello stato di *intenzione imperfetta:* essere cioè nel quarto grado del dolo. Ed anche in questa ipotesi non si ammette per regola complicità; tranne specialissimi casi, nei quali, mal-

Digitized by Google

grado l' impeto istantaneo degli affetti, possa apparire *univocamente* esplicita la volontà di coadiuvare il delitto che altri commetta (§. 1307).

§. 438.

In una parola la teoria si epiloga, coerentemente ai principii costitutivi del delitto, in una regola semplice ed assoluta. Il concorso materiale, per quanto *efficiente* al delitto altrui, non rende mai partecipi del delitto, se non vi fu intenzione determinata a coadiuvarlo.

2.°

Concorso di volontà *senza concorso di* azione.

§. 439.

Opposta regola procede ove alcuno concorra con la *volontà* al delitto che altri commette; ma senza prendere veruna parte all' *azione* materiale. A costui è imputabile il fatto altrui, purchè la sua volontà abbia *esercitato sull' animo dell' agente una influenza efficace;* e la sua responsabilità si misura sul grado maggiore o minore di tale *influenza.*

§. 440.

Costui allora dicesi *causa morale* del delitto. In lui non s' imputa il *pensiero* (il giure penale, sempre logico, non perseguita gli atti interni) ma oltre l' atto

Digitized by Google

interno è intervenuto un atto *esterno*, che ha violato la legge: ed allora anche la *manifestazione* del pensiero diviene politicamente imputabile, in quanto abbia dato impulso a quel fatto esterno violatore della legge.

§. 441.

Perchè dunque il concorso puramente *morale* al delitto altrui sia imputabile politicamente, è indispensabile che nel medesimo possa riscontrarsi un impulso al delitto stesso. A tal fine è necessario che il pensiero criminoso sia stato *comunicato* all' agente sotto una qualche forma; sicchè abbia spinto questo ad agire.

§. 442.

Ora secondo il variare di tali forme, varia il modo di essere della partecipazione *morale:* e ne nascono cinque distinte figure di *complicità*. Queste sono — 1.° il *mandato* — 2.° il *comando* — 3.° la *coazione* — 4.° il *consiglio* — 5.° la *società* a delinquere. Tali forme distinte di partecipazione *morale* può un legislatore (a cui piaccia) unificare a talento, e contentarsi della parola *istigazione* per esprimerle tutte. Ma la istigazione è un genere che comprende diverse specie separate tra loro a caratteri pronunciatissimi; e la scienza ha bisogno di studiare queste singole specie, ponendosele innanzi con nomi distinti. Quando fra due cose esistono difformità *essenziali*, la velleità moderna di unificarle con un solo nome porta confusione nel linguaggio, e niente altro: ma è impotente a distruggere le differenze *reali*.

Digitized by Google

§. 443.

1.° *Mandato* si ha — *quando si commette ad altri la esecuzione di un delitto per nostro utile e conto esclusivamente.*

§. 444.

2.° Il *comando* è — *un mandato a delinquere imposto con abuso di autorità* da un superiore ad un inferiore.

§. 445.

3.° La *coazione* (nel senso in cui qui si adopera questa parola, cioè in quanto sia causa di *azione*, non di *reazione)* è — *un mandato a delinquere imposto con la minaccia di grave male.*

§. 446.

È evidente che il *comando* e la *coazione* non sono che *mandati qualificati*, o dall' abuso di autorità, o dalla incussione del timore.

§. 447.

Queste due forme di complicità *morale* hanno ciò solo di particolare, che in ragione della maggiore influenza che può avere esercitato sull' animo dell' agente o l' autorità, o la minaccia, se ne minora la impu-

Digitized by Google

tazione dell' autore fisico; e se ne aumenta la imputazione di chi ne fu causa morale. E tale aumento, e respettivo decremento, possono giungere sino al punto di esonerare da ogni responsabilità (§. 288) l' autore fisico, e far ricadere tutta la imputazione del delitto sulla causa morale. Ciò avviene quando l' esecutore debba considerarsi non come strumento *attivo*, ma come strumento *passivo* dell' altro: o perchè non ebbe una volontà *libera*, come nei congrui casi il coatto; o perchè non ebbe una volontà *intelligente*, come nei congrui casi (§. 316) il comandato.

§. 448.

Tranne cotesta specialità, le regole del *comando*, della *coazione*, e del *mandato* corrono di pari passo.

§. 449.

4.° Il *consiglio* è — *la istigazione diretta ad alcuno col fine di indurlo a commettere un delitto per suo esclusivo utile e conto.*

§. 450.

5.° La *società* è — *un patto intervenuto fra più persone al fine di consumare un delitto per utile o comune o respettivo di tutti gli associati.*

Digitized by Google

§. 451.

La *società*, il *consiglio*, e il *mandato* hanno questo di comune, che in loro stessi non possono considerarsi come tentativi del delitto pattuito, consigliato, od ingiunto, perchè con loro non si dà principio alla esecuzione del delitto. Ove non vogliano perseguitarsi come rei di delitti *sui generis*, e per sè stanti, non possono il mandante, il consigliero, ed il socio imputarsi in ragione di complicità, finchè l' autor fisico non ha dal suo canto posto in essere almeno un *tentativo* del delitto voluto. Si può essere complici di un tentativo; ma tentativo di complicità non si ammette. I pratici esprimevano questa verità col broccardo — *mandans tenetur*, causa mandati, *non* ex mandato.

§. 452.

Il mandato, il consiglio, e la società hanno il principale criterio differenziale nel diverso reparto dell'*utile* derivante dal delitto. Questo è la unica delimitazione possibile che suggerisca la scienza per distinguere coteste tre figure. Ma è criterio essenziale; perchè influisce sul reparto delle forze criminose: e perciò coteste figure vogliono appunto essere distinte, per misurarne con giusta proporzione la respettiva imputabilità.

§. 453.

Se il delitto si eseguì per solo interesse della sua causa morale si ha un *mandato* (1): se per solo in-

Digitized by Google

teresse della causa fisica si ha un *consiglio:* se per interesse o comune, o respettivo, tanto di chi lo eseguì come di chi partecipò al solo disegno criminoso, si ha la *società.*

(1) Questa nozione del *mandato*, alla quale per vaghezza oltramontana, vorrebbe oggi darsi l'ostracismo dalla scienza, è classica nella medesima: Carpzovio *practica pars.* 1, *quaest.* 3 — Strykio *dissert. de mandato delinquendi* — Nani *principj di giurisprudenza criminale* §. 136 — Carmignani *elem. juris crim.* §. 264: il quale sebbene la disapprovi agli effetti penali per la speciosa ragione che un consiglio a delinquere essendo contro la morale, presuppone sempre un interesse in chi lo emette, non suggerisce però un diverso criterio, e mantiene la distinzione fra *consiglio* e *mandato.* Ognuno comprende che ad anime corrotte non repugna consigliare altri al male senza verun proprio lucro; e che l'interesse del malvagio consigliere è tutto nel piacere di veder delinquere. Ma dove l'istigato non avrà un interesse proprio non potrà mai dirsi che si ha un *consiglio:* come dove il delitto porta tutto l'utile all'istigato non potrà mai dirsi che si abbia un *mandato.* L'essere o no a sè profittevole il delitto conduce a dire che siasi eseguito o per *conto proprio*, o per *conto di altri*, o per *conto comune:* e questo criterio della distinzione tiene alla stessa natura delle cose. È poi il medesimo politicamente influente, perchè l'utile derivante o no dal delitto all'esecutore dimostra se debba riferirsi la prima causa del delitto, o in tutto o in parte all'istigatore. Si vedano le *istituzioni* del Giuliani *vol.* 1, *pag.* 189 (*ediz.* 1856) *e pag.* 203 — ivi — *Che il consiglio, a differenza del mandato, ridonda in vantaggio di chi lo riceve non di chi lo dà* — Puccioni *saggio teorico-pratico pag.* 105 — ivi — *Si commetterebbe grave errore confondendo il consiglio col mandato. In questo il mandatario*

Digitized by Google

intraprende la esecuzione del delitto per conto ed interesse di quello dal quale il mandato proviene: al contrario nel consiglio il delitto si compie nel solo interesse del consigliato. Nel codice Toscano si volle bandire anche questa nomenclatura: ma si dovette conservare la *realtà* della distinzione fra motivi *proprii*, motivi *comuni*, motivi *esclusivi*. Sicchè tutto il progresso consiste non nell'emenda del pensiero, o del principio, ma nella confusione della nomenclatura esatta e adequata della vecchia scuola italiana nel solo vocabolo *istigazione*. Si è sdegnato ripetere le voci *consiglio*, e *mandato*. Si è detto invece *istigato* che ha motivi *proprii* — *istigato* senza motivi *proprii* — *istigato* che ha motivi *comuni*. Così taluno che proponesse non doversi più dire *oro* od *argento*, ma metallo giallo e metallo bianco, si illuderebbe credendo di avere rinnovato la scienza metallurgica.

§. 454.

La legge civile perseguita anche coloro che parteciparono nel delitto altrui *moralmente soltanto*, perchè anche in questi trova una *causa* della delinquenza che ella deve reprimere. La potenza di una causa è tanto più forte quanto più ha agito senza sussidio di *altre cause* a procacciare l' evento. Il movente che più d' ordinario spinge l' uomo a violare la legge è l' *utile* che spera ottenere dal delitto. Dunque il reparto della imputazione tra l' autore fisico del delitto, e chi vi partecipò moralmente soltanto, deve graduarsi secondo il reparto della *utilità*.

§. 455.

Nel *mandato* si suppone che il mandatario non avesse nissuno interesse a delinquere. Dunque *causa*

Digitized by Google

primaria del delitto fu il mandante: senza il mandato, il mandatario non avrebbe certamente commesso quel delitto in cui non aveva interesse nessuno: dunque la imputazione del mandante deve essere maggiore di quella che si dirige contro il socio, o contro il consigliere.

§. 456.

Su questa idea le scuole e i codici moderni hanno fondato la dottrina della perfetta uguaglianza nella imputazione tra mandante e mandatario (1).

(1) Fondano la dottrina della parificazione sul responso di Ulpiano *leg.* 15, *ff. ad leg. Corn. de sic.* — *nil interest occidat quis, an causam mortis praebuit* — Leunclavio (*ecloca basilicorum fragm.* 355) riporta questa sentenza — *mandator caedis pro homicida habetur.* La quale però non è nel codice fiorentino delle Basiliche, nè nel *Corpus juris* del Gebauer *pag.* 1048. Il Renazzi seguendo Farinaccio (*pars* 5, *quaest.* 136, *n.* 6) vorrebbe anzi punito *più* il mandante che il mandatario; idea che si annoda con una opinione del Bartolo accolta da alcuni antichi dottori: Ciazzi *dissert.* 26, *n.* 316. La parificazione si insegnò da Carpzovio *practica pars* 1, *quaest.* 19, *n.* 15, *et qu.* 4, *n.* 14, *et qu.* 38, *n.* 54 — Gebauer *de imputatione facti alieni sect.* 1, §. 7, *sect.* 2, §. 1. — Conciolo *verbo assassinium resol.* 3: e in generale dai pratici. Si opposero alla parificazione Beccaria per un principio di politica; e Carmignani per un principio di giustizia, e Crell *dissert. de poena instigationis: in ejus collect. fasc.* 11, *pag.* 1939 *et* 1952. La sostiene Haus *cours de droit pénal vol.* 1, *pag.* 201.

Digitized by Google

§. 457.

Cotesta parificazione presuppone però sempre due condizioni: 1.° un *grado uguale di dolo* nel mandante e nel mandatario; variando il quale deve variare il reparto della imputazione — 2.° che *realmente* ciò che la ragione dell' interesse porta a presumere siasi avverato: cioè che trattisi di *vero e proprio* mandatario. Se in fatto anche il mandatario aveva un interesse respettivo al delitto, il mandante assume piuttosto la figura del socio non esecutore; e si assimila a lui. Se poi, anche senza tale interesse, viene a conoscersi che il primo a concepire il delitto e a cercar l' ordine di commetterlo, fu il mandatario stesso, la presunzione forza è che ceda alla verità. Il mandante non è più la causa morale *primaria* del delitto, e deve imputarsi meno del mandatario; perchè mentre entrambo vollero il delitto con ugual forza di volontà, il mandante lo volle soltanto, il mandatario lo volle e lo eseguì.

§. 458.

Nella *società* l' interesse è *comune*. Dunque causa morale del delitto sono *ambo i soci*. Ma la causa fisica del delitto fu il solo socio esecutore. Dunque a parità di causa morale, la prevalenza della causa fisica porta a dovere imputare il delitto più al socio esecutore, e meno al socio non esecutore. Che se tutti i consociati a delinquere concorsero o all' esecuzione o alla

Digitized by Google

consumazione, non si ha più un semplice concorso di volontà, ma ancora un *concorso di azione;* e la imputabilità si gradua frai più delinquenti secondo la parte presa nell' azione, come vedremo (§. 471) tra poco.

§. 459.

Nel *consiglio* si suppone che il consigliero non abbia nessun interesse al delitto; il quale torna ad esclusivo vantaggio del consigliato che lo eseguì. Però può ritenersi che costui avrebbe commesso il delitto anche senza il consiglio altrui. Dunque mentre nell' esecutore si mantiene tutta la pienezza della imputazione; il consigliero deve imputarsi meno del mandante o del socio e può anche non essere niente imputabile.

§. 460.

La imputabilità o non imputabilità del consiglio dipende dal *grado di influenza* (1) che esso esercitò sul delitto. Di qui la distinzione tra *consiglio semplice* o esortativo; e consiglio *efficace.*

(1) Tissot volle distinguere il *consiglio* dall' *ordine*, ravvisando nel primo una partecipazione meramente *intellettuale* (partecipazione all' *idea*) nel secondo una partecipazione *morale* (partecipazione alla *determinazione*). Siffatta distinzione può essere ideologicamente esatta, perchè la *determinazione* (atto di *volontà*) è cosa bene diversa dalla *idea* (atto di mera *intelligenza*). Ma quando si immagina un consiglio *efficace* si esce dal campo della mera concezione di una idea, e si entra necessariamente

Digitized by Google

nel campo della determinazione; perchè quella concezione esercita appunto una forza determinante la volontà. E quando si presuppone il *dolo* nel consigliero, questo non in altro può consistere tranne nella intenzione di spingere al delitto la *determinazione* altrui. Senza ciò può essersi nei meri termini di *imprudenza*, e manca il *concorso di volontà* al delitto. Altrimenti il chimico che pubblica una sua scoperta circa la fabbricazione di un veleno, sarebbe responsabile del veneficio, che taluno, edotto dal suo libro, commettesse dipoi.

§. 461.

La *efficacia* del consiglio si desume dalla *certezza* che si ottenga di una *influenza* esercitata dal consiglio stesso sull' animo del male inclinato; per la quale costui siasi con maggiore facilità, od anche esclusivamente per essa, determinato ad agire. Ella è questione di fatto, sulla quale la scienza non può porgere che una formula generale (1). Certo è però che la efficacia deve essere tanto *oggettiva* quanto *soggettiva*. Non basta che una parola incauta abbia determinato altri al delitto, se non fu proferita con cotesta *intenzione:* qui sta il *dolo* nel consiglio. Neppure basta che sia nel consiglio una efficacia *soggettiva*, se non si ebbe anche *oggettiva*. Taluno disse *uccidi* a colui che inseguiva con mano armata il nemico. Questi l' uccise: ma è provato che *non udì* quella *parola*. Qui stava la *efficienza reale* del consiglio.

(1) Una ulteriore distinzione meritevole di essere segnalata trovo acutamente indicata da Berner *nei suoi elementi di diritto penale tit.* 3, §. 107 *et seqq.* fra' colui

Digitized by Google

che istiga *l' autore principale* al delitto, e colui che istiga l' *ausiliatore* ad ajutarlo. Questa è distinzione da meditarsi e sfruttarsi, coordinandola peraltro alla regola che non ammette *complicità* di *complicità* e determinando le eccezioni che possono ammettersi a cotesta regola.

§. 462.

Deve avvertirsi che il consiglio è sempre imputabile perchè indubitatamente efficace (fermo stante il *dolo* nell' emetterlo) quando fu accompagnato da *istruzioni*, che poi abbiano *effettivamente giovato* alla esecuzione del delitto. In questo caso il consiglio ha esercitato influenza non solo sulla determinazione, ma in certa guisa anche sull' azione.

§. 463.

Deve pure notarsi che il massimo grado d' imputazione si deve al consiglio, quando può accertarsi, che *senza di quello* il delitto *non si sarebbe commesso*. Infatti è vero che la utilità tutta a profitto del consigliato offre in sè stessa una causa sufficiente alla determinazione criminosa; ma questa non è che una mera *presunzione* d' influenza. E tale presunzione deve cedere, come tutte le presunzioni, alla prova contraria. Sempre però il consiglio, per quanto efficace, dovrebbe (a parer mio) imputarsi meno della esecuzione.

§. 464.

Evvi una forma speciale di partecipanza al delitto altrui senza *concorso di azione*, che gli scrittori ora

Digitized by Google

chiamano complicità *negativa* (Tissot *droit pénal tom.* 1, *pag.* 119); ora *connivenza* (Puttmann *opusc.* 3 — Ras *de vinculo cognationis).* Ora *reticenza* (Randwjick *de reticentia).* Essa consiste nel conservare il silenzio intorno ad un delitto che si conosce volersi commettere da altri; e col non denunziarlo all' autorità lasciare che si consumi. La imputazione di questo silenzio come delitto da alcuni si ragiona sulla utilità politica, e si è portata alle più esorbitanti conseguenze da certi legislatori nei delitti di Stato (1). Da altri si nobilita col principio della solidarietà difensiva dei cittadini (2). Checchè sia della imputabilità di codesto *silenzio* (o in ordine ai delitti *da commettersi*, o in ordine a delitti *già commessi)* guardato come fatto *sui generis,* e valutato come delitto di per sè stante; certo è che non possono mai trovarsi nel medesimo i termini della *complicità.* Non essendovi concorso di *azione,* la partecipanza fondata sul mero concorso *morale* non può radicarsi che sopra un atto positivo ed efficiente della volontà, che aderisca al delitto. Ora codesta adesione non ha nel caso altra base che una *presunzione:* la presunzione che colui, al quale divenne noto il disegno criminoso di altri, poichè omette di farsene delatore *voglia* che il delitto si consumi. Così la pretesa complicità o parifica uno stato negativo della volizione ad uno stato positivo; o fondandosi sovra la *presunzione* di un desiderio, il presunto *desiderio* converte in una volontà determinata; e così con supposizione di supposizione si attribuisce ad un pravo volere ciò che può essere l'ef-

Digitized by Google

fetto o di pudore, o del timore di proprio pericolo, o di pietà verso gli altri.

(1) Taschemacker *de jure silentii* — Gebauer *de imputatione facti alieni*, il quale dice che è reo di furto chi non acclama ai ladri vedendo rubare — Strykio *de imputatione facti alieni n.* 70, *cap.* 1.°, *e cap.* 5, *n.* 86, 90; e *disp. de credentiae revelatione cap.* 5 — Gundlingio *de silentio in crimine majestatis* — Puttmann *adversarior. vol.* 2, *cap.* 31, *pag.* 209 — Ven Beuker *de crimine majestatis* (*in* Oelrichs *thesaur. nov. dissert. select. vol.* 2, *tom.* 1, *pag.* 75) — Crell *de poena silentii dissert.* 53, *pag.* 1103 — Questa dottrina mosse diritta dal giure penale dell' Impero Romano. E la energia con cui fu combattuta da Beccaria, da Montesquieu, e da Filangieri non trattenne alcuni codici moderni dal fulminare severissime pene contro la non rivelazione: codice Francese art. 104: codice Austriaco art. 54, 55: codice Napoletano art. 144: codice Ticinese art. 108.

(2) codice Portoghese art. 8, e Rapporto della commissione cap. VII; ove si applica alla non rivelazione la imputazione dell' *aderenza*. La idea della *solidarietà defensiva* dei consociati, per cui si eleva a dovere civico la prevenzione dei crimini, e a delitto la violazione di tale dovere, si sostenne da Hencke, Oersted, Koenigswarter. Vedasi Haubold *exercitat. tom.* 2, *pag.* 548 *et seqq.* e Bonneville *de l' amélioration de la loi criminelle vol.* 2, *pag.* 670 ed altri. Winckler (*de crimine omissionis* §. 6) ricorda molti statuti che punirono come delitto *speciale* il *non impedimento* del delitto da commettersi, e la *non rivelazione* del delitto, o da commettersi, o già commesso. Latamente Jonge *de delictis* (*Traject.* 1845) *vol.* 2, *pag.* 413. Sia che vuolsi di così grave disputa (che qui non cade) basti al presente luogo affermare che nè la *non rivelazione*, nè il *non impedimento*, giammai possono

Digitized by Google

costituire vera *complicità*, perchè non vi è nè concorso di azione, nè concorso di volontà.

3.°

Concorso di volontà *e concorso di* azione.

§. 465.

Concorre al delitto con *volontà* e con *azione* chiunque, oltre a *volere* la violazione del diritto che il reato minaccia, interviene *personalmente* ad alcuno degli atti che ne costituiscono la forza fisica soggettiva, ossia l' elemento materiale.

Per ben calcolare il grado d' imputazione che si deve a questa forma di partecipanza è necessario distinguere la materialità dell' azione criminosa in tre diversi momenti: *preparazione*, *esecuzione*, *consumazione*. Aver confuso il primo col secondo, ed il secondo col terzo di tali momenti, è stato causa di equivoci. Già alla materia del conato (§. 393, e 398) notai che la *preparazione* si distingue dalla esecuzione per la *univocità;* e la *esecuzione* dalla *consumazione* per la *presenza coefficiente* (non già meramente accidentale) del soggetto passivo della consumazione. Gli atti che non si riferiscono *univocamente* al delitto sono preparatorii; come per esempio munirsi di uno scalpello. Quando gli atti acquistano *univocità* criminosa incomincia la esecuzione; per esempio il ladro ha confitto lo scalpello nell' uscio per dischiuderlo. E se è certo che l' atto dirigevasi ad *un delitto*, ma dubbio

Digitized by Google

se ad uno, *più grave* o *più leggero*, prevarrà la probabilità del delitto più lieve al quale si riferirà il tentativo. Ma non siamo ancora alla *consumazione*, perchè il soggetto passivo del furto non dev' essere quell' uscio. Siamo alla *consumazione* tostochè il ladro dirige la opera sua sulla cosa che vuole rubare. Se però nel tentativo la nozione degli atti preparatorii porta ad esimerli da ogni imputazione per la incertezza della loro tendenza criminosa, evidentemente nel tema della complicità l' avvenuta consumazione effettiva rivela con certezza la direzione degli atti anche meramente *preparatorii;* cosicchè il risultato di questa nozione non può mai essere nella complicità identico al resultato che produce nel conato. Tale osservazione pare a noi decisiva per accettare la formula che la qualità di *preparatorio* in un atto non può desumersi da altro criterio tranne quello della *univocità*. Se l' atto preparatorio fosse non imputabile soltanto *perchè è atto preparatorio*, ei non sarebbe imputabile nel complice che si limitò a tali atti.

§. 466.

In proposito del concorso di azione al delitto altrui la distinzione di questi tre momenti fa nascere diverse forme di partecipanza. Dalla partecipazione agli atti consumativi sorge la *correità;* dalla partecipazione agli atti precedenti (o di esecuzione, o di preparazione) nasce l' *ausilio*, o prossimo o remoto. Dalla partecipazione agli atti posteriori alla consumazione nasce l' *aderenza*, e il *favoreggiamento*.

Digitized by Google

§. 467.

Quando la partecipazione fu *concomitante* agli atti consumativi, colui che la pose in essere è un *correo*, ove anche vi abbia partecipato unicamente con la *parola*, od anche colla mera *presenza*, e senza nulla operare. La *parola* istigatrice, che sviluppa il solo *concorso morale* se è *precedente* alla consumazione del delitto, assume il carattere di concorso *materiale* quando è concomitante ai momenti della consumazione e con lei si compenetra per la unità di tempo.

§. 468.

La nuda *parola* può anche costituire elemento *fisico* di partecipazione al delitto altrui, benchè precedente alla consumazione: e ciò quando non abbia *influito soltanto sulla volontà* dell' agente; ma abbia *influito direttamente sul fatto* come parte di *azione*. Ciò si esemplifica bene in colui che d' accordo coll' assassino, abbia con parola ingannevole indotto la vittima a recarsi nel luogo ove il micidiale l' attendeva. Quella parola non ha avuto una influenza *morale* soltanto, ma una influenza *fisica* sul fatto criminoso; e rientra nel concorso, non di mera volontà, ma di volontà e di azione: in tale ipotesi però non costituirebbe la *correità* ma l' *ausilio*.

§. 469.

La mera *presenza*, benchè atto *negativo*, assume il carattere di correità quando tale presenza riunisce le

Digitized by Google

due condizioni di essere stata *efficiente*, e di essere stata *intesa* a facilitare la esecuzione. Allora anche la *presenza* inattiva è un momento materiale che si congiunge alla *forza fisica* del delitto.

§. 470.

Il *correo* è imputabile *ugualmente* che l' autore fisico del delitto. È un' accidentalità se la mano dell' uno piuttostochè quella dell' altro operò l' atto con cui la legge venne definitivamente violata. Quest' atto si considera come fatto di ciascuno dei malvagi che scientemente vi assisterono di persona. Quell' assistenza, anche inerte, rendeva più audace l' esecutore o distoglieva la vittima dalla difesa; e tanto basta perchè assuma il rapporto di causa ad effetto respettivamente al delitto a cui tutti i presenti dirigevano attualmente le loro volontà.

§. 471.

Più propriamente il *correo* distinguesi dal *coautore*. È *coautore* in senso stretto colui che partecipa attivamente all' ultimo atto consumativo del delitto. Celebre l' esempio romano dei due ladri che portano sulle spalle alle due estremità la trave rubata: adattabile in molte altre fattispecie. *Correo* è parola che esprime la *corresponsabilità*. *Coautore* esprime la *concorrenza attiva* in quell' atto che veramente consuma la respettiva violazione della legge. Ambedue sono per la comune dottrina ugualmente imputabili. Ma la distinzione fra

Digitized by Google

correo e *coautore* può essere interessante nella questione circa la comunicabilità delle circostanze aggravanti.

§. 472.

Quando la partecipanza dolosa all' azione fu solo *precedente* agli atti consumativi, colui che la pone in essere è un *ausiliatore*. La forza fisica del delitto ha ricevuto da costui un impulso minore che non fu quello datole da coloro che parteciparono alla consumazione. Fu il fatto di costoro che violò la legge; senza del quale il fatto dell' ausiliatore poteva restare innocente. Oltre a ciò la volontà criminosa perseverò in quelli fino all' esaurimento del delitto: mentre nell' ausiliatore si ignora se avrebbe ugualmente perseverato (1).

(1) È questa la ragione fondamentale per cui si dimostra assolutamente ingiusto il sistema della parificazione dei complici agli autori. In quelli vi è meno di forza fisica sotto il rapporto della efficienza, e meno di forza morale sotto il rapporto della perseveranza. Beccaria divagando anche qui in cerca di argomenti empirici disse che punir meno il complice giovava perchè più difficilmente si sarebbero trovati autori. Ma l' argomento fu ritorto contro di lui dicendo che col punire meno i complici si rendeva più facile trovar complici. La replica distrugge l' argomento. Ma così l' argomento come la replica sono viziosi: perchè portano sul falso terreno della utilità una questione che deve decidersi coi soli principii di giustizia. Il codice Francese del 1810 (anacronismo vivente) adottò il principio della parificazione. La scuola Francese vi aderisce tenacemente. Voisin *(de la complicité)* ha consacrato la sua dotta dissertazione a sostenere il principio dell'assimilazione con l' argomento storico. Secondo lui dai Greci e

Digitized by Google

Romani fino a noi quasi tutti i monumenti legislativi mostrano la prevalenza di cotesto principio. Io non valuto niente l' argomento storico in una questione che vuol essere sciolta secondo i principii di diritto. Ma poi il lavoro di Voisin rivela ad ogni pagina la parzialità. In primo luogo egli ha prescelto i testi che favorivano la sua tesi; e malgrado ciò ha dovuto recarne innanzi parecchi che la combattono. In secondo luogo egli ha talvolta contorto il vero senso di alcune leggi che allega. In terzo luogo egli porta innanzi disposizioni speciali come argomento di un principio generale. E questo è capitale errore nel quale si cadde in proposito del giure Romano nella materia del tentativo, come si è ormai dimostrato da Geib e da Niccolini. Anche tra noi abbiamo adesso leggi speciali contro il brigantaggio le quali parificano complici e tentativo con autori e consumazione. Potranno perciò i posteri desumere da queste leggi che i tre Codici penali da cui si governa oggi il Reame d' Italia obbedivano al principio della parificazione! Ortolan desume la etimologia della parola complice dal verbo *plectere* (punire) *complectere*, *complexus*, *complex*, *complice*. La etimologia sarà esattissima. Ma la conseguenza spontanea di tale etimologia è quella che *complectere* vuol significare punire *insieme*, non già punire *ugualmente*. E difatti lo stesso Ortolan è fra i pochi Criminalisti Francesi che riconoscono la giustizia di un reparto disuguale d' imputazione secondo la diversa influenza della partecipazione.

§. 473.

Esige dunque giustizia che contro l' *ausiliatore* si diriga una imputazione *minore* di quella che si applica all' autore principale.

Digitized by Google

§. 474.

Tale imputazione si gradua sul criterio della maggiore o minore *influenza* che l' ausilio esercitò sulla consumazione. Di quì la distinzione dell' ausilio in *prossimo* e *remoto* (1); analoga alla consimile distinzione del conato. Il più spesso la partecipazione agli atti di esecuzione costituirà l' ausilio *prossimo:* la partecipazione agli atti *preparatorii* costituirà l' ausilio *remoto.* Dico il *più spesso* perchè talvolta l' ausilio anche negli atti preparatorii può lasciare un *risultato materiale* che poi figuri nei momenti della consumazione; perlochè ravvicinandosi a questi l' atto del complice può presentare tale influenza da doversi considerare come ausilio *prossimo:* per esempio la manipolazione del veleno è atto preparatorio; ma chi scientemente preparò il veleno all' avvelenatore pare a me ausiliatore prossimo, perchè il *risultato* del suo atto ha figurato in modo efficace tra i momenti della consumazione. Questo ravvicinamento del risultato materiale del fatto preparatorio alla consumazione, vi accosta giuridicamente la persona di chi lo eseguì dolosamente a cotesto fine, quantunque l' atto (dolosa preparazione del veleno) abbia la natura dei preparatorii, e quantunque sia discosto e per una lunga serie di momenti intermedii (per un intervallo forse di mesi) dalla consumazione del veneficio.

(1) Wolthers *de auctoribus et sociis delictorum, pagina* 117.

Digitized by Google

§. 475.

Ripeto che cotesto confronto rilevantissimo della differente gravità politica degli atti preparatorii nel conato e nella complicità, è una ulteriore riprova della esattezza della formula da me adottata, quando affermai che il vero criterio scriminativo degli atti preparatorii nel conato, non è già la mera possibilità del pentimento (la quale si accomuna ad ogni attentato) ma bensì la mancanza di univocità. È sempre una questione di *scienza*. Nel tentativo la impossibilità di *sapersi* dai terzi la vera direzione di quelli atti li scrimina quando non furono susseguiti da atti ulteriori. Nella complicità la *scienza* nel complice della loro destinazione aggiunge al concorso fisico il concorso morale. E se gli atti preparatorii furono susseguiti da atti ulteriori, colui che partecipò a quelli è indubitatamente imputabile; e lo è talvolta al massimo grado al quale possa salire la imputazione dell'ausilio. Questo massimo grado d'imputazione nell'ausilio che può talvolta spingersi fino alla parificazione della pena per eccezione alla regola generale, è quello che si riscontra nel complice *necessario*. Complice necessario dicesi quello che concorse all'azione con atto tale che senza il medesimo non si sarebbe potuto consumare il delitto. Sarà assai difficile in pratica l'applicazione di questa formula, ma è la sola giusta. Bisogna però guardarsi dall'intenderla in un modo grettamente concreto, perchè quando un fatto è avvenuto tutte le circostanze che vi concorsero concretamente possono assumere il ca-

Digitized by Google

rattere di imprescindibili da quella data forma di fatto: ma ciò non basta a dirle necessarie alla forma generica del delitto.

§. 476.

Quando la partecipazione materiale al delitto altrui fu *susseguente* all' atto consumativo, si deve distinguere: o cotesta opera era stata dal partecipe *promessa* all' esecutore del delitto *precedentemente* alla consumazione del medesimo; o *non era stata promessa.* Se era pattuita precedentemente, l' atto fisico di partecipazione benchè materialmente posteriore alla esecuzione, costituisce un *ausilio* e ne corre le regole (1). Nè vale in tal caso l' obietto che un atto posteriore non possa essere *causa* dell' atto anteriore; perchè l'ausilio, sebbene abbia avuto esistenza *materiale* solo dopo il delitto, ebbe per altro, mercè il patto, una esistenza *intellettuale* antecedente. E questa influì, o potè influire, sulla determinazione criminosa dell' autor fisico: il quale potè con facilità risolversi (per modo di esempio) ad uccidere, perchè reso certo che l' altro lo avrebbe aiutato a seppellire il cadavere della vittima. Onde a ragione in questi partecipanti, che alcuni chiamarono *fautores ex compacto*, per distinguerli dagli altri che dissero *fautores accidentaliter*, si riconoscono i caratteri di vera complicità. La efficienza *fisica* nel fatto loro fu posteriore: la efficienza *morale* fu anteriore.

(1) Che la promessa del favoreggiamento *posteriore* al delitto quando è data *anteriormente* costituisca vera complicità, lo espresse il Bartolo con la elegante formula *quia*

Digitized by Google

spes data ad evadendum est auxilium ad committendum. Del resto la idea che il favoreggiamento posteriore non costituisse per regola complicità fu intesa anche dagli antichi Dottori: Bartolo *in leg. 3 si quisque ff. ad S. C. Syll.* — Angelo *de maleficiis, in verbo et Andream, num.* 5. — Placa *lib.* 1 *delictorum, cap.* 16, *n.* 15. — Richter *de homicidio pag.* 802.

§. 477.

Se poi la partecipazione non ebbe esistenza nè *intellettuale* nè *materiale* precedentemente al delitto: ma sì la *idea* come l' *azione* del terzo furono posteriori, allora si deve di nuovo distinguere. O l' atto posteriormente concepito ed eseguito ebbe per *unico fine* di *sottrarre* il delinquente *alle persecuzioni della giustizia:* o ebbe anche *il fine di portare* il delitto a *conseguenze ulteriori.*

§. 478.

Nel primo caso non può parlarsi di *complicità.* Sorge un titolo nuovo di reato di per sè stante; che dicesi *favoreggiamento,* e che è un delitto *sui generis* (1) che ha per obietto la pubblica giustizia. Il diritto che l' autore di questo fatto intendeva violare, e quello che effettivamente violò, non era (a modo di esempio) il diritto che il soggetto passivo del delitto aveva alla vita od alla integrità delle membra. Questo diritto era ormai violato dall' autore del reato. Il diritto che il *fautore* volle violare e violò, fu un diritto *universale.* Fu il diritto che tutti i cittadini hanno di vedere rispettata con effetto, non elusa e conculcata la pubblica giustizia.

Digitized by Google

(1) Anche Berner (*Elementi di Diritto penale tit.* 3, §. 107) segue la comune dottrina odierna che nel favoreggiamento riconosce una figura criminosa distinta dal delitto principale: ma avverte però questo essere vero in ordine alla *nozione*. In quanto alla *pena* osserva non potersi prescindere da un riguardo alla diversa qualità del delitto principale a cui si è adeso il favoreggiamento; e avverte che questo metodo (suggerito da Bauer nel suo trattato *vol.* 1, *pag.* 464) fu adottato dai codici di Sassonia 1838 art. 38, e 1853 art. 61; di Wurtemberg art. 90; di Darmstadt art. 89; di Baden §. 143; di Hannover art. 75; di Turingia art. 36 e 37; di Prussia art. 38; di Austria art. 6.

§. 479.

Ma se l' atto, quantunque tutto posteriore, cadde intorno un reato non del genere degli *istantanei*, ma di quelli che diconsi *successivi* perchè ammettono *prosecuzione* nella offesa al diritto principalmente attaccato, ed ebbe per fine di agevolare questo delitto nella sua *prosecuzione* e di fatto lo *proseguì*, io penso che debba sempre parlarsi di vera complicità anche nell' atto posteriormente concepito ed eseguito.

§. 480.

In cotesto caso l' atto è posteriore alla *violazione della legge* e del diritto, ma non posteriore all' esaurimento *dell' azione*. La legge ed il diritto erano sempre *suscettibili di essere violati* in quell' identico soggetto passivo del primo delitto: e se l' atto posteriore alla prima violazione rappresenta egli medesimo una

Digitized by Google

seconda violazione della stessa legge e dello stesso diritto, il fatto deve definirsi e misurarsi dalla offesa recata a questo; non dalla offesa alla giustizia, alla quale l'agente non intendeva (1).

(1) Vedasi il mio discorso *sulla ricettazione dolosa di cose furtive (Opuscoli vol. 1, opusc. 3)* e il codice del Brasile art. 126, §. 1. Pacheco *(estudios del derecho penal, leccion 13)* accennò alla *irreparabilità* del delitto consumato, come a criterio della nozione del *favoreggiamento.* Ma non spinse a risultato cotesta osservazione: nè la distinzione fra reato *irreparabile* e reato *reparabile* può essere guida sicura per discernere i *fautori* del delitto dai *continuatori.* Il criterio unico esatto è quello della *continuabilità*, o *non continuabilità* della violazione del diritto; poichè è questa che dà al delitto la indole *successiva*, e porge agli atti *posteriori* la identità di *obietto* con gli anteriori consumativi. La idea di questa distinzione trovo che si era rivelata anche al Mommaerts *(de criminum fautoribus pag. 22, Lovanio 1827)* e che ei l'accettava senza per altro svolgerla — ivi — *Nam qui rem furtivam celat atque recipit non solum aliquatenus id efficere potest ut crimen impunitum maneat; sed etiam receptatores rerum furtivarum impediunt quominus res ablatae domino restituantur. Ideoque* damnum ejus, atque delictum furis quasi continuant. *Eo magis ii puniendi videntur si in lucro participent, quod plerumque fieri solet.*

§. 481.

Le antiche scuole confusero nella complicità indistintamente *tutti* i fatti *posteriori* ad un delitto; ed anche quelli che non potevano avere altro *fine,* tranne di procacciare al colpevole la impunità. Questo fu un

Digitized by Google

errore. Colui che seppellisce la vittima di un omicidio senza avere precedentemente promesso quest' opera al micidiale, non può dirsi complice dell' omicidio. Alla prima violazione era costui estraneo sì moralmente che materialmente. Il diritto di quell' infelice alla vita non era più suscettibile di essere violato; nè lo violava per certo colui che dava sepoltura alla fredda salma. Trovare l' *obietto* di tale delinquenza nel *diritto alla vita* di quell' infelice, era l' istesso che dare per obietto ad un reato un diritto non più esistente, non più suscettibile di essere offeso, ed effettivamente *non violato* dall' atto posteriore.

§. 482.

Le scuole moderne corressero cotesto errore, distinguendo il *fautore* dall' *ausiliatore*. Ma io penso che trascendessero nella correzione quando, senza distinguere tra reati *istantanei* (mi valgo della formula di Ortolan) e reati che *continuano la violazione del diritto* (detti già da Jousse *successivi)* e senza distinguere *fine* da *fine*, gittarono nella classe dei *favoreggiamenti* tutti gli atti che senza patto anteriore si potevano porre in essere *dopo* il delitto. Colui che per *fine di lucro* scientemente dà opera a liquefare l'argenteria che a me è stata rubata affinchè il ladro possa giungere all' ultima meta del suo delitto (cioè la propria locupletazione) non aiuta il ladro a ingannare la giustizia, ma a *compire* la violazione della mia proprietà. Costui viola il mio *diritto di proprietà*, che malgrado il furto è tuttavia saldo e vivace; e da que-

Digitized by Google

sta violazione deve desumersi la misura della sua imputazione. Tale almeno è la mia opinione conforme a quella dei criminalisti italiani fino ai dì nostri, e dei criminalisti francesi anche modernissimi.

§. 483.

In una parola la essenza materiale della *complicità* sta in questo — che l'atto cui vuole applicarsene la nozione sia stato *causa della violazione del diritto* da cui tragge il suo titolo l'azione principale. — Se l'atto interviene quando il diritto *non era più violabile*, è repugnante ravvisarvi un atto di complicità; e non può perseguitarsi che come delitto isolato secondo i suoi *fini* ed *effetti*. Ma quando il *diritto era sempre violabile*, e l'atto sopraggiunto *dopo la prima violazione* lo ha realmente *offeso di nuovo;* e il *fine* dell'agente era appunto diretto contro questo diritto (come è evidente in colui che dolosamente ricettando l'oggetto furtivo, porta l'avida mano sulla cosa altrui per farne lucro) quest'atto, se non può dirsi *causa* della prima violazione già esaurita, può bene dirsi *causa*, come *realmente* lo è, di una violazione ulteriore recata al diritto di proprietà. È una *prosecuzione* (come acutamente osservò Trebutien) della prima offesa; ed è atto di complicità.

§. 484.

Sicchè riepilogandomi, dovrebbero a mio parere dividersi i partecipanti al delitto altrui in cinque cate-

Digitized by Google

gorie — 1.° i *motori:* che possono essere o *esclusivi*, o *concomitanti* — 2.° gli *autori:* ai quali si assimilano i *coautori*, o *correi* — 3.° gli *ausiliatori:* che possono essere o *prossimi*, o *remoti;* o *necessarii*, o *accidentali*, — 4.° i *continuatori* — 5.° i *fautori*. — La *ricettazione*, come titolo *speciale* costituito dalla *abitualità* del ricovero di cose o persone, non ha alcun nesso col delitto principale. Tanto è ciò vero, che per alcune giurisprudenze per avere questo titolo di delinquenza non sempre è neppur necessaria la verificazione di un delitto consumato.

4.°

Anomalie *della imputazione nella complicità.*

§. 485.

I principii fondamentali di giure penale sono assoluti. E appunto perchè sono assoluti, le *regole applicative* variano con le modificazioni dei fatti: perchè la regola applicativa deve sempre obbedire al principio, e non questo arrendersi a quella.

§. 486.

È principio assoluto che la imputazione si misuri sulla ragione composta della forza morale e della forza fisica del delitto. Come altrettante deduzioni di cotesto principio noi trovammo le regole secondo cui la imputazione del mandante, del socio, del consigliere, del

Digitized by Google

correo, o dell' ausiliatore si gradua proporzionatamente a quella dell' autore principale secondo il più o meno che la complicità presenta nelle respettive sue forze fisica e morale. Ma tali regole di proporzione presuppongono lo *stato ordinario* e normale del respettivo concorso delle volontà o delle azioni.

§. 487.

Ora questa normalità può sparire ogni qualvolta intervenga una modificazione, o nei rapporti che legano i partecipanti tra loro, o nei loro rapporti con la legge penale. Ciò può verificarsi in tre modi diversi — 1.° ove non sia stata *coerenza perseverante tra le volontà* degli agenti — 2.° ove sia mancata la *coerenza dell' azione alla volontà* del partecipe — 3.° ove non siavi *coerenza nella posizione giuridica delle persone*. A completare la teorica rimane si spieghino questi tre casi di possibile modificazione. Ricorderemo con Tissot l' aurea regola: in materia penale quanto più si distingue più siamo certi di amministrare giustizia.

§. 488.

Primo Caso — Cessazione di coerenza *nelle volontà* — La *coerenza della volontà* dell' autore con la volontà del suo complice, e viceversa, deve avere in qualche momento esistito, altrimenti non vi sarebbe complicità (§. 432 e segg.) in nessun caso.

Digitized by Google

§. 489.

Ma l' *accordo* nato una volta fra i più malvagi, e che gli ha legati in un rapporto giuridico verso la legge punitiva, può essere rotto per una *mutazione* di volontà avvenuta in *uno solo* dei più consociati. E qui variano le regole secondochè tale resipiscenza è avvenuta, o nel delinquente *principale*, o nell' *accessorio*.

§. 490.

È impossibile sciogliere questo delicato problema senza procedere a distinzione di casi. Il principio fondamentale è uno solo: quello cioè che ciascuno dei più chiamati a rispondere di un delitto se può essere imputabile anche del fatto materiale non suo, non può essere imputabile se non a misura dello stato d' intenzione che fu suo proprio. Il dolo è eminentemente individuale; ma il dolo una volta che può ravvisarsi come causa impulsiva del fatto criminoso non è sempre necessario che sia concomitante alla consumazione del medesimo. Di queste verità trovasi nitida una nuova applicazione nelle varie regole che adesso andiamo ad esporre.

§. 491.

Se si è *pentito* colui che doveva essere *esecutore* del delitto, distinguesi. O si pentì *prima* di aver *nulla operato;* ed il suo pentimento giova al socio, all' ausiliatore, al mandante; in questo senso, che non es-

Digitized by Google

sendo intervenuto verun *atto esterno* di esecuzione, manca il *fatto principale* su cui radicare la imputazione, e non può senza vizio logico parlarsi di *complicità*, cioè di *accessorio* à ciò che *non esiste*. L'accordo criminoso può tutto al più in certi casi imputarsi a colui che perseverò nel reo volere, come delitto di per sè stante.

§. 492.

O l'esecutore si pentì *dopo* avere già posto in essere atti esterni costituenti la materialità di un *tentativo:* ed allora quel tentativo potrà non essere imputato a colui che si pentì; perchè rapporto a lui si avrà un delitto rimasto imperfetto per causa volontaria (§. 391); ma sarà sempre il tentativo stesso imputabile all'altro, perchè rapporto a lui il pentimento dell'esecutore è un fortuito *indipendente dalla sua volontà*, ed anzi contrario a quella.

§. 493.

Se poi il pentimento non si verifica nell'esecutore, ma nel *mandante*, nel *socio*, nel *consigliere*, o nell'*ausiliatore*, bisogna distinguere di nuovo.

§. 494.

O quel pentimento rimase *ignorato* all'esecutore; il quale condusse a termine il delitto in coerenza al primitivo accordo: ed allora il pentimento nulla giova

Digitized by Google

a scusare il partecipe, come nulla giovò ad impedire la esecuzione del delitto alla quale egli avea dato valido impulso.

§. 495.

O quel pentimento fu *conosciuto tempestivamente* dall' esecutore; il quale, malgrado conoscesse la variata volontà del suo compartecipe, perseverò per conto proprio, e condusse a fine il delitto: ed allora per regola il solo responsabile rimane l' esecutore.

§. 496.

Cotesta regola però si fonda sul concetto che il delinquente accessorio comunicando *tempestivamente*, sebbene non utilmente, il suo variato consiglio all' esecutore, abbia *distrutto* per parte sua tutti gli *effetti* del suo primo disegno, e dell' accordo primitivo. Perciò ove tale supposto cessi, ella è necessità logica riconoscere la perseveranza della imputabilità nel partecipe, ad onta del suo pentimento e della manifestazione tempestiva di cotesto pentimento.

§. 497.

Ciò accade quando il partecipe abbia *ajutato ai primi atti delittuosi*, o *dato istruzioni*, o *somministrato mezzi* che poscia abbiano effettivamente servito a consumare il delitto. In coteste fattispecie il primo atto malvagio del partecipe che ebbe efficienza sul delitto, non può essere cancellato dal secondo atto di resipi-

Digitized by Google

scenza, che non fu efficiente ad impedirlo. La imputabilità resta malgrado cotesto futile pentimento, a meno che il partecipe non abbia spinto la sua resipiscenza fino al punto di agire con ogni suo possibile per impedire il delitto.

§. 498.

Secondo Caso — Mancata *coerenza dell' azione alla volontà* — Ciò avviene quando l' esecutore del delitto produce un effetto più grave, e viola un diritto più importante di quello previsto dai suoi partecipi. L'ordine del mandante, le istigazioni del consigliere, gli accordi del socio, i preparativi dell' ausiliatore, tendevano per esempio al semplice ferimento dell' inimico: l' esecutore lo ha ucciso: saranno gli altri responsabili dell' omicidio? (1).

(1) La piena responsabilità dell' eccesso si sostenne da molti: Bohemero *elem.* 2, 16, 215 — Matteo *de crim.* 48, 5, 3 — Bergero *œconomia juris* 3, 5, 36; *et* 3, 11, 12 — Eisenhart *opusc*, *pag.* 67 — Carpzovio *practica pars* 1, *quæst.* 4, *n.* 17. Combattè energicamente tale opinione il Puttmann *opusc. crim. op.* 1.

§. 499.

Due principii vengono a conflitto. Da un lato si obietta che quei partecipi avendo influito sul mettere in moto il braccio dell' autore fisico del delitto, sono in certa guisa *cause* di questo. Dall' altro si oppone che non può esservi mai responsabilità penale dove non ricorre la *volontà*.

Digitized by Google

§. 500.

Il conflitto si dirime distinguendo fra *eccesso* nei *mezzi*, ed *eccesso* nel *fine*.

§. 501.

Si ha *eccesso* nei *mezzi* quando l' esecutore ha usato *mezzi diversi* da quelli concertati coi partecipi: il disegno comúne era di usare il bastone; e l' esecutore si valse di stile. In questo caso la responsabilità pesa tutta sull' autore dell' *eccesso;* unica causa del più grave risultamento.

§. 502.

Si ha *eccesso* soltanto nel *fine* quando sebbene i *mezzi* adoperati fossero quei medesimi che si *volevano da tutti*, produssero però un effetto più grave di quello previsto. In simil caso se l' effetto più grave nacque per conseguenza naturale del fatto, o per semplice *colpa* dell' esecutore, la responsabilità si comunica: perchè quantunque i partecipi non prevedessero nè volessero quel fine, pure vollero *dolosamente* quei mezzi che *per natura loro* produssero il risultato più atroce. Ciò li rende responsabili del *titolo più grave:* sebbene però non valga a trasportare la qualifica del *dolo di proposito* dal caso previsto e voluto al titolo non previsto nè voluto.

Digitized by Google

§. 503.

Se però l' eccesso, anche nel mero fine, provenne da *dolo speciale* dell' esecutore, egli solo ne è responsabile.

§. 504.

Nè si deve perdere di vista che le regole relative all' *eccesso*, che trovano congrua applicazione nell' istesso genere di delinquenza, non procedono però nel tema di *delitti diversi*. In questa ben distinta fattispecie sono costanti le regole di irresponsabilità stabilite di sopra (§. 435).

§. 505.

Terzo Caso — Mancata *coerenza nella posizione giuridica* dei *condelinquenti*. Le circostanze materiali inerenti al *fatto* criminoso si comunicano fra i più compartecipi al delitto. Le circostanze inerenti alle *persone* non si comunicano. La complicità non è mai accessione alla *persona*, ma al *fatto*: è *reale*, non *personale*. Questa regola è assoluta: ma sorgono difficoltà nella sua applicazione.

§. 506.

Vi sono delle circostanze così intuitivamente *personali*, che non può emergerne occasione di dubbio. La *minoretà*, l' *errore*, la *ebrietà*, il *sordomutismo*, la *de-*

Digitized by Google

menza, la *veemente passione* (1) di uno dei partecipanti al delitto nessuno vorrà sostenere che comunichi il benefizio della scusa agli altri partecipi che si trovano in condizioni di piena imputabilità. Nè la *forensità* o lo stato di *recidivanza*, in cui versi uno dei colpevoli, potrebbe mai come ragione di aggravio portarsi a carico dei compagni, che non sono forestieri nè recidivi.

(1) È stato oggetto di elegante disputa frai pratici il caso del marito che sorpresa in adulterio la propria moglie, comandi al figlio od al servo di ucciderla. Fanno valere a pro dell' esecutore la scusa che proteggeva il marito offeso Farinaccio (*quaest* 121, *n.* 18) ed altri, per la ragione che l' esecutore sapeva le conseguenze giuridiche del giusto dolore sul fatto che gli veniva comandato. Ne dubitò Harprecht *disp.* 1, *n.* 345. Vi si oppose Covarruvio *in epitome pars* 2, *cap.* 7, §. 7, *n.* 5: ove dopo avere confessato che questa è la comune dottrina degli scrittori, ne oppugna per altro la verità. E noi pure la crediamo meno vera. Soltanto ravvicinando questa ipotesi alla ipotesi del complice del figlio parricida, ci sembrerebbe che le due questioni volessero essere decise con un criterio uniforme.

§. 507.

Del pari vi hanno delle circostanze che sono così intuitivamente *materiali*, da non porgere occasione di dubbio circa la loro comunicabilità a tutti i partecipi. Lo *scasso*, la *scalata*, la *falsa chiave*, la *violenza*, ed altre circostanze materiali che abbiano servito di mezzo al furto, e che ne aumentano la quantità politica, non possono non essere comuni a tutti coloro

Digitized by Google

che scientemente presero parte al delitto così qualificato, benchè costoro non abbiano per avventura di propria mano operato essi la violenza o la effrazione. Coteste circostanze sono così unificate al fatto criminoso, che non se ne possono declinare le conseguenze da chi volle e coadiuvò il fatto accompagnato dalle medesime.

§. 508.

Tutta la difficoltà nasce in ordine a certe circostanze; le quali ben lungi dall' essere *reali*, sono propriamente intrinseche alla *persona;* ma pure influiscono sul *titolo* del reato. La *domesticità* nel ladro, dalla quale nasce il titolo di *famulato,* si comunica essa ai compagni non domestici? La qualità di pubblico *ufficiale* deteriora essa le sorti dei partecipi del falso commesso dal tabellione? La qualità di *figlio* nell' uccisore aggrava essa anche la responsabilità dei partecipi nel *parricidio?*

§. 509.

Quando coteste qualità meramente *personali*, oltre ad influire sul *titolo* (lo che può configurare una efficacia meramente *nominale)* o danno l' *essenza* al nuovo reato, o ne furono *mezzo*, deve certamente farsene rinfaccio anche a coloro che nella propria persona non le avevano, ma che al fatto di chi le aveva parteciparono con scienza delle medesime; e così delle medesime profittarono. Quando niente di ciò si verifica, le opinioni sono divise (1); ma sembra so-

Digitized by Google

verchio rigore il comunicare un' aggravante a chi in sè non ne aveva la causa, per la mera ragione dell' ossequio alla nomenclatura.

(1) Carmignani insegnò la dottrina della *comunicazione*. Rossi acremente difese la *non comunicazione* dell'aggravante. Molenés *(de l' humanité dans les lois criminelles, pag.* 549) Boitard, Legraverend, Chauveau et Helie, ed altri, sono per *la incomunicabilità*. Bertauld *(dernière leçon pag.* 437) avverte che la dottrina è per la opinione più mite, e la giurisprudenza per la più severa, ma si decide per questa. Trebutien dopo qualche esitanza mostra propendere per la *comunicazione;* e si tranquillizza poi *(cours élémentaire de droit criminel pag.* 200) con avvertire che il giurì avrebbe ammesso pel complice non figlio le circostanze attenuanti. Così il sistema delle circostanze attenuanti, che lascia senza fisonomia la giustizia pratica, conduce all' indifferentismo sui principj scientifici, e si abbandona ai giudici la cura di farla da legislatori. Molinier *(Revue Critique vol.* 15, *pag.* 86) sostiene la parificazione della pena pel complice sì del parricida, come del notaro che abbia falsificato un pubblico documento. Ortolan *(éléments de droit pénal n.* 1284, 2.°) ammette che la dottrina corrente fra i teorici è quella della *non comunicabilità*: ma *(n.* 1285) egli si dichiara in massima per la *comunicabilità* tutte le volte che la qualità personale influisce, come diciamo noi, sul *titolo;* o, come egli dice, sulla *criminalità* del *fatto*, e non sulla sola *criminalità* della *persona*. Ne limita per altro *(n.* 1286) la influenza per guisa da rendere sempre disuguali le sorti dei partecipi. Rauter spinse il suo rigore fino a dirci *(traité de droit criminel n.* 119) che il complice partecipa la responsabilità delle qualità personali dell' autore, ancorchè egli *le abbia ignorate!* Proposizioni che parrebbe impossibile si potessero leggere in un libro pubblicato ai nostri

Digitized by Google

tempi, se questo ed altro non ci fosse spiegato con le tradizioni di Jousse e di Vouglans (il grande nemico di Beccaria). Con ciò si bandisce il requisito dell' elemento *intenzionale* dalla complicità; e si cade nella più assurda contradizione. La *ignoranza* dei suoi rapporti personali con l' ucciso esclude il titolo di parricidio anche nello stesso figlio uccisore del padre, perchè quanto al parricidio è errore *essenziale:* e si osa sostenere che tale *ignoranza* non giova al complice! In sostanza questa grave divergenza dipende da due principii che qui vengono a trovarsi in lotta fra loro. Il principio della *individuità del titolo* che sembra comandare la comunicazione: e il principio della *individualità del dolo* che prescrive la non comunicazione.

CAPITOLO X.

Del delitto continuato.

§. 510.

Fin qui abbiamo considerato la posizione giuridica di un uomo a cui si vuole imputare, o come autore o come complice, la violazione di *un solo* diritto o consumata o tentata.

§. 511.

Abbiamo considerato ancora la posizione giuridica di colui a cui si rimproverino *più violazioni*, l' una delle quali abbia servito di *mezzo* all' altra: ed abbiamo veduto come un delitto si compenetri con l' altro, e si unifichi (§. 52 e §. 170).

Digitized by Google

§. 512.

Abbiamo considerato ancora il caso di chi abbia commesso *più violazioni* per più distinti *fini:* ed abbiamo di volo notato che *tanti sono i fini, tanti sono i delitti* di cui l'agente è imputabile distintamente l'uno dall'altro. Ma quest'ultima regola ha bisogno di ulteriore sviluppo.

§. 513.

La regola procede tranquilla se i *fini* diversi rappresentano più violazioni di *diversa legge* penale: per esempio alcuno rubò e stuprò, anche nello stesso contesto di azione; nessun dubbio sulla regola. Sono due delitti distinti.

§. 514.

Ma se l'agente con le ripetute violazioni offese sempre *una stessa* legge penale, il *fine* allora delle più violazioni sembra unificarsi; almeno sotto un punto di vista generico; e la unificazione del fine sembra dover portare ad unificare anche il reato. Ecco la teoria sottilissima della *continuazione:* che deve la sua origine alla benignità dei pratici i quali con ogni studio tentavano diradare la pena di morte inflitta al terzo furto.

§. 515.

Fu notata la differenza fra delitti nei quali la violazione del diritto si *esaurisce* in un solo momento;

Digitized by Google

e delitti nei quali la violazione del diritto *prosegue* anche dopo il momento della sua consumazione. Così nell'omicidio, nella lesione personale, nello stupro, la violazione del diritto si esaurisce coll'atto dell'uccisione o del ferimento: dopo il quale non continua nè si prolunga, sebbene continui il *male* già prodotto dall'infrazione. In altri delitti invece la violazione si prolunga (o può prolungarsi) indefinitamente: come per esempio l'associazione di malfattori, la congiura, la usurpazione del possesso altrui, il ratto, il plagio, il deposito di armi, il carcere privato, la bigamìa, ed anche sotto certi aspetti il furto. Quelli furono detti delitti *istantanei* (§. 52); questi dagli antichi si chiamarono *successivi* (quasi aventi insita una progenie di violazioni) altri li chiamò *continuanti*, altri *permanenti;* altri modernamente li disse *cronici:* Ortolan *éléments de droit pénal n.* 743.

§. 516.

Questa distinzione non è propriamente quella in cui risiede la teorica del delitto *continuato.*

§. 517.

La nozione del delitto *continuato* (nel senso almeno con cui si è sempre intesa dai pratici italiani) presuppone la *ripetizione* di più *azioni*, ciascuna delle quali rappresenti una *perfetta* (1) *violazione* di *legge.* Quando il delinquente persevera nelle congreghe ribelli, nel godimento del possesso usurpato, nella in-

Digitized by Google

tenzione del cittadino, nell'abuso doloso di i, tale *prosecuzione* del delitto, se può mostrare la perseveranza del pravo animo, non sviluppa però *ulteriori violazioni* di legge. Qui non può nascere il dubbio che si tratti di *più di un* delitto. La prosecuzione consiste nel tener vivi *gli effetti del primo delitto* in un modo quasi negativo, piuttosto che con un rinnovamento di *azione* in cui veramente sia una seconda infrazione della legge.

(1) Di qui la grave questione se possa obiettarsi la *continuazione* nel *tentativo*, e nel delitto mancato. La questione fu proposta in un caso pratico alla Corte Regia di Lucca, ma fu piuttosto evasa che risoluta.

§. 518.

La continuazione in cotesti reati è così inerente alla natura loro, che non è possibile farne una *specialità* nei singoli casi; o pretendere di rinfacciare al *colpevole della prima infrazione*, il secondo atto come una nuova infrazione di per sè stante.

§. 519.

Perchè si abbia l'aspetto di *più delitti* bisogna vi siano *più azioni* rappresentanti ciascuna di per sè una nuova offesa alla legge. Ora data questa *pluralità di azioni*, il rigore dei principii avrebbe richiesto che all'autore delle medesime si imputassero tutte come altrettanti distinti titoli di delitto. Ciò portando per ne-

Digitized by Google

cessità logica ad un'agglomerazione di pene che poteva essere esorbitante, i pratici introdussero la dottrina della *continuazione;* la quale ha lo scopo benigno di considerare i *più delitti* come *un solo* delitto *continuato;* onde applicargli una imputazione complessiva, più grave di quella attribuibile al delitto *unico,* ma non mai equivalente alla somma risultante dal cumulo delle imputazioni dovute a ciascuna infrazione.

§. 520.

Da ciò è intuitivo che la *continuazione* non è in modo assoluto una circostanza *aggravante,* poichè porta l' effetto di diminuire la imputazione di tanto, di quanto la imputazione che si dà ad un delitto solo (aumentata per la continuazione) differisce dalla imputazione della prima violazione, sommata con la imputazione della seconda, e della terza, ed oltre secondo i casi. Checchè possa essersi detto dalle giurisprudenze in obbedienza (o vera o creduta) di certi diritti costituiti, è chiaro in faccia ai principj razionali che la *continuazione* non può mai essere portata all' effetto di infliggere ai più fatti una pena maggiore di quella che recherebbe la somma delle pene dovute a tutti i fatti. Ciò è dimostrato dalla *storia* di questa teoria: e dalla *ragione* a cui si ispira, che è quella di trovare nei fatti continuanti, non già più e diverse determinazioni criminose, ma *una sola.* Essendo innegabile che debba tenersi come più scellerato chi *più volte* si è determinato al delitto, che nol sia chi vi si è determinato *una volta sola,* è repugnante pu-

Digitized by Google

nire più questo che quello. È in questi difficili conflitti di applicazione che la giustizia pratica sembra spesso fuorviare dai dettati della giustizia razionale; e porge il fianco alle amare censure dei socialisti.

§. 521.

A ben definire il delitto *continuato* è necessario stabilire due criterii distinti. L'uno per discernere il caso del delitto *continuato* dal caso dei *più delitti*. L'altro per distinguere il delitto *continuato* dal delitto *unico*. Avvertenza non sempre chiarita a sufficienza e la cui dimenticanza divenne feconda di equivoci. Due scrittori sembreranno concordi perchè dicono entrambo — questo non è caso di delitto continuato. Ma l'uno nega la continuazione perchè sostiene che sono *più* delitti: l'altro la nega perchè sostiene che è *un delitto solo*. E invece di essere concordi sono agli antipodi.

§. 522.

Distinguere il reato *continuato* dal *molteplice* è agevole, tostochè si risalga ai principii costitutivi del delitto. Prima di tutto è necessario, per escludere la pluralità, che si tratti di più violazioni della *stessa legge*. La *identità* o *unità di legge* violata è dunque il primo requisito per escludere la *pluralità* dei reati. Ove i più atti violino *diverse* leggi, è evidente che (per la moltiplicità degli *oggetti*) si ha più di un delitto da imputare; tranne il caso che si unifichino nel rapporto di mezzo a fine.

Digitized by Google

§. 523.

Ma non basta la *unità di legge*. Ogni delitto ha la sua essenza da un elemento *morale* (intenzione) e da un elemento *fisico* (atto esterno). Quando si è trovata la pluralità di atti esterni violatori della *stessa legge*, si ha una moltiplicità di elemento *fisico*: ma per avere la pluralità di delitti si esige ancora la pluralità di elemento *morale*. Questa nel delitto continuato non si ha; e la ragione è intuitiva. Quando si è imputata la prima azione, si è imputato l'elemento fisico A; più l'elemento morale B, costituito dalla determinazione criminosa. Quando si procede ad imputare la seconda azione, si imputa l'elemento fisico C, distinto dall'elemento fisico A; e si imputa di nuovo l'elemento morale B, perchè essendo *unica la determinazione*, l'elemento morale che si congiunge con gli elementi fisici A e C, è sempre l'*identico* elemento B. Dunque dando una imputazione integrale a ciascuna delle due azioni si cade nella ingiustizia, perchè si torna ad imputare *due volte* l'identico elemento morale di cui l'accusato ha già sofferto la prima imputazione.

§. 524.

Perciò la *unità di determinazione*, congiunta all'*unità* di *legge* violata, deve sempre portare ad escludere la pluralità di delitti.

Digitized by Google

§. 525.

Nè dicasi che cotesto argomento proceda eziandio quando con una unica determinazione si deliberi la violazione di più leggi diverse; perchè la diversità di *obietto* (coerentemente sempre alla idea che l' *obietto* del delitto è la *legge)* rende impossibile per necessità ideologica la unificazione della determinazione. Tranne quando una violazione stia all' altra come mezzo a fine, la risoluzione di violare una legge è ideologicamente distinta nella sua genesi e nei suoi momenti, dalla risoluzione di violare un' altra legge diversa. Ne può essere *contemporanea* la concezione; ma *unica* no.

§. 526.

Dunque ove sia pluralità di azioni, ma unità di legge violata e di risoluzione criminosa, non potrà ammettersi pluralità di delitti. La si dovrà solo quando abbiasi pluralità di *azioni*, e pluralità di *risoluzioni*, tanto se le *leggi* violate siano una stessa, o diverse.

§. 527.

Ma tutte le volte che si avrà *pluralità di atti* esterni diretti contro la medesima legge, e provenienti da una medesima risoluzione criminosa, si avrà egli *sempre* il delitto continuato? No. La regola che è assoluta nel primo senso, non è assoluta in questo senso rovescio, perchè non sempre la pluralità di atti materiali porta

Digitized by Google

a dover dire che si hanno *più violazioni* compenetrate in un delitto *continuato*. Spesso malgrado la pluralità di atti materiali, si ha il delitto *unico*. Per chiarir questa idea pare a me che sotto il punto di vista scientifico si debba insistere sulla distinzione fra *atti*, e *azione*.

§. 528.

Sarebbe assurdo stabilire che la pluralità di *atti* offensivi della medesima legge, e procedenti da una sola determinazione, conduca sempre al delitto *continuato*. Prendiamone ad esempio il furto. Colui che entrato in mia casa ruba cento scudi, qualora li trovi tutti in un sacco e con un solo atto li prenda, evidentemente pone in essere un' azione unica. Ma se la *pluralità di atti* portasse per regola assoluta alla continuazione, bisognerebbe dire che se quel ladro trovò i cento scudi sparpagliati, sicchè dovesse prenderne prima dieci, poscia altri dieci per porseli in tasca, e così di seguito, avrebbe posto in essere un furto continuato. Infatti il primo *atto* di prendere dieci scudi e intascarli presenta di per sè un delitto completo; lo stendere di nuovo la mano e prenderne altri dieci costituisce un secondo *atto* diverso dal primo, il quale è in sè pur esso un furto completo. Ma chi vorrebbe sostenere sul serio cotesta teoria! Tuttodì si commettono furti di parecchi oggetti; e nessuno mai si azzardò nel fòro ad obiettare la continuazione ad un ladro perchè trovò il denaro sparso anzichè trovarlo nel sacco.

Digitized by Google

§. 529.

Dunque vi deve essere un secondo criterio pel quale, malgrado la *pluralità di atti*, sparisca anche la *continuazione* per far luogo al delitto unico.

§. 530.

Questo criterio bisogna trovarlo in ulteriori *unità* che, oltre la unità di legge e di risoluzione, elidano la materiale pluralità degli *atti* e ne costituiscano un'*azione* sola. Allora unificato il delitto nell' elemento fisico, come si unifica nell' elemento morale, bisogna che ne risulti la unicità di imputazione sulla norma del delitto unico: il quale può essere o *semplice* (§. 52) o *complesso*, senza cessare di essere *unico* (1).

(1) Io non so convincermi che si possa referire ai delitti *continuati* il caso di un' archibugiata che abbia ferito più individui. Unica la *legge* violata, unica la *risoluzione*, unico l' *atto*; ne avremo per la pluralità dei *risultati* un delitto *complesso*: ma trovare la *continuazione* giuridica dove sia *un solo momento morale* e un *solo momento fisico*, pare alla mia tenuità repugnante almeno in teoria. E benchè il resultato porti due diversi titoli di delitto, per esempio l' omicidio di uno, e il ferimento di un altro, non sarà questo il caso della nota distinzione fra concorso *formale* e concorso *materiale?* Forse questa materia non ha ancora ricevuto dalla scienza il suo ultimo svolgimento. Vedasi Voelaer *de concursu delictorum*.

Digitized by Google

§. 531.

Ora quali saranno le ulteriori *unità* per cui si unifichino i *più atti* consecutivi? Taluno ripose cotesto criterio nella unità di condizioni del *soggetto passivo* del delitto. Così se un ladro introdottosi in mia casa ruba contemporaneamente più cose appartenenti tutte a me, fu detto essere un furto unico, benchè caduto sovra più cose e risultato da più *atti*. Ma se alcuna di quelle cose era di altro proprietario che l' avesse colà lasciata, si pretese che il furto dovesse dirsi continuato. Ma questa sottigliezza non persuade l' animo, e perchè non risponde a giustizia, e perchè fallace la ragione di cui si vorrebbe avvalorare. Non è vero infatti che nel secondo caso siavi la violazione di più di un diritto, e nel primo caso la violazione di un diritto solo, perchè anche nel primo caso se il diritto soggettivo è unico, è però diverso il diritto oggettivo; cosicchè anche allora potrebbe dirsi che è violato più di un diritto, cioè il mio diritto sulla cosa A, e il mio diritto sulla cosa B, che pur sono distinti.

§. 532.

La unità o la pluralità dei soggetti passivi è dunque criterio fallace per unificare o moltiplicare i reati emergenti da più atti materialmente distinti.

§. 533.

Piuttosto sembrerebbe accettabile il criterio della unità di *luogo* e di *tempo;* per quanto possa esistere

Digitized by Google

umanamente *unità* in cotesti rapporti. Tenendo conto di queste unità di tempo e di luogo, la prudenza del giudice potrà non valutare la materiale ripetizione degli *atti:* e considerandoli tutti come *momenti* di una unica *azione,* ravvisare un delitto unico dove potrebbe apparire la sembianza della continuazione. Altrimenti se con rigore ontologico si procedesse a sceverare atto da atto in un' azione delittuosa, col troppo sofisticare si verrebbe in certi generi di delitti a trovare nella continuazione il caso ordinario, e nella unicità una rara eccezione.

§. 534.

Sente ognuno che certi delitti hanno insita, e quasi indispensabile, la *ripetizione* di atti positivi, ciascuno dei quali a solo sarebbe un delitto perfetto. Dovrà andarsi a cercare se l' accusato di oltraggio violento al pudore si limitò ad un solo toccamento, o reiteratamente spinse la mano impudica sopra la renitente donzella? Si andrà cercando se colui che salì sulla pianta altrui colse un sol pomo e di quello fu sazio, o ne colse due? Se colui che ingiuriò o minacciò, proferì una sola parola offensiva o più d' una? In verità gli *atti* furono *più:* e ogni singolo di loro ha in sè quanto bisogna a presentare un delitto *completo.* Ma si cadrebbe nel ridicolo con questa rigorosa esattezza, facendo equivalere la moltiplicità degli *atti* alla moltiplicità delle *azioni,* solo perchè ciascun *atto* offre un delitto completo.

Digitized by Google

§. 535.

D' altronde la *unità di tempo* non è una unità *assoluta* umanamente possibile. Sicchè il criterio della *continuazione* con un' apparente anfibologia bisognerà desumerlo dalla *discontinuazione*. Guardare cioè se vi fu *intromissione* di *atti*. Se gli atti saranno *continuati materialmente*, con più facilità si dirà che non furono *continuati giuridicamente;* che costituiscono diversi momenti di *una sola azione* criminosa; e che abbiamo il delitto *unico*. Se saranno *discontinuati materialmente*, sicchè si abbia un intervallo rappresentante interrompimento dell' *azione* criminosa, si potrà con più facilità accettare la idea non solo di *più atti;* ma bene di *più azioni* distinte; e così escludere affatto il delitto *unico* per ravvisare i *più delitti*, quando vi furono diverse risoluzioni; o il delitto *continuato* se vi fu la unità di determinazione.

§. 536.

Ma anche la *unità* di *risoluzione* non deve intendersi con rigore ideologico. Conviene contentarsi di una *unicità generica*. Un servo, per esempio, si è procacciato una falsa chiave dello scrigno del padrone per rubarne alla spicciolata denaro. Vi torna due, tre, e più volte. Questo è, per comune consenso dei pratici, un furto *continuato*. Ma le risoluzioni sono altrettante, a rigore di termini, quante volte costui ad un dato momento si è determinato a tornarvi. Dopo la prima

Digitized by Google

e la seconda volta poteva anche desistere. Vi è stato dunque bisogno di un *nuovo atto* di volontà perchè egli vi torni la terza volta. Pure si considera anche il terzo fatto come il risultato di una *unica risoluzione criminosa*, perchè unica fu la risoluzione *generica*: quella cioè di rubare da quello scrigno quante volte ne avesse avuto fantasia od occasione. Le succedanee determinazioni speciali, sono sempre attuazioni, o svolgimenti della prima (1). Forse sarebbe più conforme alla esattezza del linguaggio che l' elemento soggettivo della continuazione si descrivesse con la formula *unicità di disegno*, anzichè con quella di *unicità di determinazione*, la quale non può mai riuscire completamente vera nelle applicazioni pratiche; perchè ogni e qualunque atto dell' uomo è necessariamente figlio di una *determinazione speciale* che quantunque altro non sia se non la estrinsecazione di una primaria *determinazione generica*, è però distinta ideologicamente dalla determinazione speciale o *prossima* dalla quale si informò l' atto precedente.

(1) Abbiamo in pratica dei casi di *continuazione* dichiarata in ordine a parecchi furti commessi nel corso di molti mesi, in diversi luoghi, e a danno di parecchi proprietarii diversi.

§. 537.

Sicchè epilogando il mio concetto su questo astruso e controverso argomento, direi in punto di astratta teoria — 1.° Che la pluralità di *azioni* e di *determinazioni* porta alla *moltiplicità* dei delitti anche rim-

Digitized by Google

petto alla violazione della *stessa legge.* — 2.° Che la diversità di *leggi violate* porta pure alla *moltiplicità* dei delitti quantunque apparisca esservi unità di *determinazione* e di *azione*, tranne il caso del delitto pedissequo come mezzo a fine. — 3.° Che la unicità di *determinazione* generica, ossia di *disegno*, e di *legge violata* porta al delitto continuato quando vi fu pluralità di *azioni* — 4.° Che la unicità di *determinazione*, di *legge violata*, e di *azione* porta al delitto *unico*, quantunque si abbia una pluralità di atti — 5.° Che la unicità di *atto* porta al delitto *unico*, ma *complesso*, benchè siavi pluralità di diritti violati.

§. 538.

Non occorre avvertire che la *continuazione* è inconcepibile nei delitti *collettivi* (§. 52) che hanno per estremo l' *abitualità*. È però a notarsi che la teoria della *continuazione* è importante non solo per la *misura* della imputazione, ma anche per la stessa perseveranza della *imputabilità* nel caso di *prescrizione*. Perchè se il delitto è *continuato*, la prescrizione non corre che dall' *ultimo atto*; se sono *più delitti*, ognuno ha la prescrizione sua propria. Onde avviene che l' accusato (cui d' ordinario interessa unificare il più che possa le sue delinquenze) posto nel caso di invocare la prescrizione, si farà invece a sostenere che trattasi di *più delitti* onde avere la pena soltanto della ultima azione, non aumentata per la continuazione, propugnando così che le prime sono prescritte.

Digitized by Google

CAPITOLO XI.

Degli effetti giuridici *del delitto.*

§. 539.

Svolta sotto un punto di vista generale la nozione del delitto, ed i suoi elementi; i suoi effetti *naturali* (danno *immediato)* ed i suoi effetti *politici* (danno *mediato);* rimane che se ne veggano gli effetti *giuridici:* e questo ci avvia alla *Seconda Sezione,* ove si parlerà della *pena.*

§. 540.

Agli effetti *naturali* del delitto, che vedemmo consistere nel danno *immediato* risultante dalla sua forza *fisica;* ed ai suoi effetti *politici,* che vedemmo consistere nel danno *mediato* risultante dalla sua forza *morale,* corrispondono due diversi effetti *giuridici,* compresi sotto il generico risultato dell' obbligo alla *riparazione.* Fin qui abbiamo considerato il delitto come *causa* di un *male;* ora dobbiamo considerarlo come *causa* di *diritti;* e perciò appunto questi ulteriori effetti si dicono *giuridici.*

§. 541.

Dal danno *immediato* sorge l' obbligo della riparazione *civile;* dal danno *mediato* l' obbligo della riparazione *sociale.*

Digitized by Google

§. 542.

L' obbligo della riparazione *civile* si adempie col prestare la *indennità* alla parte lesa: l' obbligo alla riparazione *sociale* si adempie col subire la *pena*, che è l' indennizzo alla società offesa pel disturbo cagionatole dal delitto.

§. 543.

A ciascuna di tali obbligazioni corrisponde un' *azione*, perchè ciascuna sviluppa un *diritto esigibile*. Diritto nel leso alle *indennità materiali:* diritto nella società alle *indennità morali*.

§. 544.

L' azione rispondente alla prima obbligazione dicesi *azione civile:* quella rispondente alla seconda obbligazione dicesi *azione penale*.

§. 545.

Per portare queste *azioni* al conseguimento dei loro respettivi fini è necessario un fatto ulteriore. Questo fatto è il giudizio. Giudizio civile per ottenere la riparazione del danno immediato; del che si occupa il civilista. Giudizio criminale per conseguire la riparazione del danno mediato; lo che forma argomento della *Terza Sezione* del nostro corso, e del corso speciale di procedura penale.

Digitized by Google

§. 546.

L' azione civile spetta sempre al solo offeso, nel cui arbitrio è riposta la facoltà di sperimentarla o di abbandonarla a talento suo.

§. 547.

L' azione criminale spetta di regola alla società, e suoi rappresentanti che ne sono investiti: e però dicesi *azione pubblica* (1).

(1) Vedasi l' opera del Consiglier Borsari intitolata *dell' azione penale.*

§. 548.

Ma talvolta a cagione di un rispetto all' amore della pace, o al decoro ed interesse dello stesso offeso, le leggi trovano conveniente di far dipendere dalla volontà del leso anche la persecuzione penale del delitto patito: e allora questi delitti si dicono di *azione privata.*

§. 549.

La repressione anche in tali casi si ordina nell' interesse della società, e non per soddisfare la vendetta privata. Ma il minore interesse che ha la società nella repressione di cotesti delitti; ed il maggiore interesse che può avere il leso a non dare loro una pericolosa pubblicità, incatenano il *movimento* dell' *azione*, senza però cangiarne la *natura* e lo *scopo.*

Digitized by Google

§. 550.

La riparazione civile si ottiene, secondo i casi, in diversi modi. O con la riparazione *naturale;* reintegrazione del diritto violato: come con la restituzione dell' oggetto involato, la riposizione del termine remosso, e simili. O con la riparazione *pecuniaria;* quando la naturale non possa ottenersi, o per accidente, o perchè il diritto sia di natura non reintegrabile, nel qual caso il denaro, comune rappresentante di tutti i valori, fa le sue funzioni. O con la riparazione *onoraria;* quando il delitto abbia offeso l' onore del cittadino, e a questo si voglia una speciale soddisfazione.

§. 551.

La riparazione *onoraria* si faceva in antico con la palinodìa, che distinguevasi secondo i casi in *recantatio solemnis, deprecatio,* e *declaratio.* I costumi odierni vi hanno sostituito la inserzione ne' giornali, o la pubblicazione a stampa della sentenza condennatoria.

§. 552.

Non si può ammettere la riparazione che dissero *vendicativa.*

§. 553.

Si ammette la riparazione *sostitutiva*, quando *con giustizia* si possa tenere il terzo *civilmente* responsa-

Digitized by Google

bile per un reato commesso da altri: per esempio il padre pel figlio.

§. 554.

È utile e doverosa la riparazione *sussidiaria* introdotta da qualche legislazione. Essa consiste nel costituire una pubblica cassa, che si impingua con le ammende inflitte ai delinquenti, ed alla quale si ricorre per indennizzare i lesi del danno sofferto per un delitto commesso da persona insolvente. Non è morale che il governo si arricchisca sui delitti che non ha saputo prevenire. È morale che la società, dalla quale i buoni cittadini erano in diritto di esigere protezione, ripari agli effetti della mancata vigilanza. Questa verità (esornata modernamente dal Kruseman *de fidejussione universali civium)* fu proclamata nel codice Leopoldino del 1786 all' art. 46 (1).

(1) Art. 46 — ivi — *E siccome abbiamo considerato che quanto è dovere essenziale del Governo il prevenire i delitti, il perseguitarli, e castigarli, altrettanto lo è di pensare ad indennizzare non solo i dannificati dai delitti dei rei, quanto ancora quelli individui i quali per le circostanze dei casi, o certe combinazioni fatali si saranno trovati senza dolo o colpa di alcuno sottoposti ad essere processati criminalmente, e molte volte ritenuti in carcere con pregiudizio del loro decoro ed interesse, e di quello della loro famiglia, e saranno poi stati riconosciuti innocenti, e come tali assoluti: così avendo noi già provveduto col patrimonio pubblico per supplire alle spese di giustizia, che prima pagavansi dal fisco in parte col prodotto della confiscazione dei beni e pene pecuniarie, vogliamo che venga formata una cassa*

Digitized by Google

a parte sotto la direzione del presidente del Buon Governo nel dominio fiorentino, e nel senese dell' auditor fiscale di Siena; nella quale debbano colare tutte le multe, e pene pecuniarie di tutti i respettivi tribunali dello Stato, e della quale ne renderanno conto a Noi di anno in anno. Da questa cassa, per quanto si estenderanno i suoi assegnamenti, dovranno indennizzarsi tutti quelli, che danneggiati per delitti altrui, dal delinquente da cui il danno è loro derivato non possono ottenere il risarcimento per mancanza di patrimonio, o per fuga; e tutti quelli i quali senza dolo, o colpa di alcuno (giacchè in questo caso chi avrà commesso il dolo, o la colpa sarà tenuto esso ad indennizzarli) ma solo per certe combinazioni fatali, o disgraziate saranno stati processati carcerati, e poi trovati innocenti, e come tali assoluti: purchè nell' uno, e nell' altro di questi casi abbia il giudice dichiarato doversi questa indennizzazione, e in quella somma che avrà liquidata, e tassata, e purchè in oltre dove vi è reo, o debitore dichiarato della detta indennizzazione, il dannificato faccia costare di avere usate tutte le diligenze per essere dal di lui patrimonio soddisfatto.

§. 555.

Questa riparazione non dovrebbe però concedersi mai quando lo stesso leso fosse stato causa per propria colpa del delitto patito. Siffatta idea è coerente alla dottrina che insegna non doversi riparazione civile al leso che fu causa rimproverevole del proprio danno: per esempio, quando il ferito spinse l' offensore a ferirlo con grave provocazione. Di qui nasce la teorica della *compensazione* del dolo, e della colpa respettivamente (1).

Digitized by Google

(1) *Leg.* 10 *ff. de compensat.* — *leg.* 36 *ff. de dolo malo* — *leg.* 154, §. 1 *ff. de reg. jur* — *leg.* 39 *ff. soluto matr.*

§. 556.

In mancanza di cotesta istituzione della riparazione *sussidiaria*, deve almeno valere il principio che sulle sostanze del reo trovi il leso soddisfazione privilegiata, e preambula ai diritti che ha il fisco per le ammende e le spese.

§. 557.

L' azione civile passa agli eredi, e contro gli eredi. L' obbligo alla riparazione civile ammette *fidejussori*.

§. 558.

Avendo tale obbligo una causa tutta distinta dalla riparazione penale, deve nascere dalla legge, senza bisogno che al giudice criminale ne sia fatta dimanda dal leso; nè che il medesimo lo dichiari. Il delitto è un fatto civilmente obbligatorio per ministero di legge.

§. 559.

Fu detto che all' *azione penale* non corrispondeva *obbligazione* nel reo; perchè la natura avendo insinuato nell' uomo invincibile repugnanza a soffrire il male, non era conciliabile si concepisse una *obbligazione* a patire un male. Quindi si volle persino assimilare ai diritti *imperfetti* il diritto che ha la società

Digitized by Google

a punire i rei. E molti sistemi si immaginarono per sciogliere questo problema.

§. 560.

Non parmi che si possa trovare simiglianza nessuna tra un diritto *imperfetto*, ed un diritto *esigibile*. Ed il diritto a punire è nella società indubitatamente *esigibile*.

§. 561.

Che se all' uomo repugna soggettarsi ad un male; ciò porta alla conseguenza di negare nel colpevole la obbligazione di *agire* per essere punito del suo malefizio. Ma non porta a negare la obbligazione di *patire*. Non è una obbligazione *positiva*, che costringa a fare; ma una obbligazione del genere di quelle che i pubblicisti chiamano *negative*. Tali sono tutte le obbligazioni che vincolano tutti gli uomini verso l' uomo rispetto ai suoi diritti *originarii*. Nessuno in virtù del semplice rapporto di umanità è obbligato a fare in guisa che altri goda ed eserciti questi diritti: ma tutti sono obbligati a non opporsi agli altri, e non impedirli di esercitare e godere tali diritti (1). E il diritto di punire è appunto a considerarsi come un diritto *originario* nella società civile. Esso è così *connato* e inseparabile da lei, che senza di questo non saprebbe concepirsi una società civile; stando la sua ragione di essere ed il suo fine primario nella *tutela del diritto* (§. 607) e così nella punizione del colpevole; unico mezzo di esercitare cotesta tutela.

(1) Haus *doctrina juris naturalis*, §. 68.

Digitized by Google

§. 562.

La prima proposizione conduce alla conseguenza che non possa ascriversi a nuovo delitto quanto il reo ponga in essere per esimersi dalla pena in un modo puramente *negativo* (e come tale può considerarsi anche l' occultamente proprio, e la fuga senza violenza): purchè in questo suo sottrarsi, per naturale impulso, al male che lo minaccia non si configuri nessuna *azione diretta* contro la società. Quindi a me pare troppo rigida la sanzione di alcuni codici moderni, che hanno qualificato come circostanza aggravante la *negativa* dell' inquisito.

§. 563.

La seconda proposizione porta alla conseguenza che possa e debba ascriversi a nuovo delitto al colpevole (ed a delitto appunto contro la giustizia pubblica) quanto ecceda la mera resistenza *passiva*. Così il reo viola il diritto che ha la società di punirlo se corrompe il giudice, se lotta con gli apparitori, se con falsi documenti o falsi testimoni inganna o tenta ingannare i magistrati.

§. 564.

All' azione penale che ha la società corrisponde dunque non una obbligazione *positiva*, ma una obbligazione *negativa*, che rappresenta un vero e proprio *dovere*, non solo *morale*, ma anche *civile*.

Digitized by Google

§. 565.

Le due azioni che nascono dal delitto sono nel loro esercizio *indipendenti* (1) l' una dall' altra a vicenda. Infatti sebbene abbiano a comune la *causa* occasionale, cioè il fatto reo; hanno però distinta la causa *giuridica*, perchè nascono dalla lesione di *diritti diversi*, ed hanno distinto il *fine*.

(1) La indipendenza delle due azioni è tale da ammettere eziandio che un reo *assoluto* in faccia all' accusa criminale possa nei congrui casi essere condannato alle riparazioni civili: Morin *Journal du droit criminel*, *n.* 7821.

§. 566.

Prima conseguenza di questa proposizione si è, che possono instaurarsi contemporaneamente ambedue le azioni. Quella del leso avanti i tribunali civili per i suoi indennizzi: quella della società innanzi ai tribunali penali pel fine della repressione.

§. 567.

Ove però questo duplice movimento accada, ella è regola razionale che si dia seguito all' azione penale *precedentemente* all' azione civile.

§. 568.

Siffatta regola si limita quando l' azione *penale* involva una questione *pregiudiciale* di esclusiva compe-

Digitized by Google

tenza dei tribunali civili. In tali casi l' azione criminale si sospende finchè i tribunali civili non abbiano risoluta la questione civile.

§. 569.

Seconda conseguenza di quella proposizione si è: che come la sentenza assolutoria proferita dal giudice civile sull' azione promossa dal leso contro il delinquente non può pregiudicare all' azione penale che spetta alla società, così la sentenza assolutoria proferita sull' azione penale tra il pubblico accusatore e il delinquente, non pregiudica all' azione civile spettante al leso quando questi non fu *parte* nel giudizio criminale, ed ancorchè avesse portato querela o denunzia. Sebbene infatti nei due giudizi siavi *identità* di *causa*, non vi è *identità* di *oggetto* nè di *persona* (1).

(1) Roberti *diritto penale vol.* 1, *pag.* 310. Sullo influsso respettivo del giudizio criminale e civile sono a vedersi Bidart *sur l' autorité de la chose jugée au criminel;* e la dissertazione di Beudant inserita nella *Revue Critique vol.* 25, *pag.* 492.

§. 570.

Nè può dirsi che la rejudicata converta in verità anche le cose false: perchè una sentenza assolutoria in criminale non proclama come verità la innocenza dell' accusato, ma la insufficienza delle prove raccolte al fine di sottoporlo a punizione.

Digitized by Google

§. 571.

Nè può dirsi che la sentenza criminale assolutoria *faccia stato* sull' *azione:* perchè l' azione su cui fa stato è l' azione penale; e non la civile che là non si era proposta.

§. 572.

Nè può dirsi che la sentenza leghi le *parti:* e pretendere che il pubblico ministero, rappresentando la società, abbia così nel giudizio penale rappresentato insieme con tutti i cittadini anche il leso stesso: perchè questa sottile finzione immaginata da Merlin non ha solidità, ove si rifletta che il pubblico ufficiale rappresenta i cittadini in quanto alla *pena,* non in quanto ai loro privati interessi *patrimoniali.*

§. 573.

Terza conseguenza dell' anzidetta regola di indipendenza si è: che come la *riparazione* al leso, o la *remissione* del leso, sebbene estinguano l' azione civile, niente pregiudicano all' azione penale nei delitti di pubblica azione; così la *espiazione* della pena, o la sua *remissione* fatta per indulto sovrano, niente pregiudica all' azione civile.

§ 574.

Quarta conseguenza di tale indipendenza si è: che la *prescrizione* dell' azione penale non pregiudica al-

Digitized by Google

l' azione civile, che voglia sperimentarsi avanti i tribunali civili (1), e viceversa.

(1) Il contrario fu sostenuto da Merlin; e disputano su ciò Bergero *electa juris criminalis obs.* 71 — Jousse *justice criminelle* 1, 600 — Carnot *code pénal* 1, 52 — Mangin *action publique* 355, 367 — Vazeille *de la prescription* 595 — Hoorebecke *de la prescription pag.* 211 — Cousturier *de la prescription n.* 57 — Rauter *droit criminel n.* 853 — Labroguère *dans la Revue Critique vol.* 19, *pag.* 163, 171 — Trebutien, 2, 161. — Marcadè *art.* 2280, *n.* 5. La perseveranza dell' azione civile malgrado la prescrizione dell' azione penale si sostiene da Niccolini *Procedura Penale parte* 1, *n.* 871, *e* 883.

§. 575.

La *prescrizione* procede in ordine all' azione civile ed all' azione penale per principii sostanzialmente diversi; poichè la prescrizione penale emana da principii di ordine pubblico primario; quella dell' azione civile da principii di ordine pubblico secondario. Le due azioni sono due enti giuridici affatto distinti. Non può dunque accettarsi una parità di ragione fra effetto ed effetto, nè ammettersi che la vita di un' azione sia assolutamente incompatibile con la morte dell' altra.

§. 576.

La prescrizione in materia civile è una *eccezione:* in materia penale è un *modo politico* di estinguere l' azione. Alla prescrizione civile può *rinunziare* la par-

Digitized by Google

te; alla penale no, e deve supplirsi dal giudice. La prescrizione civile muove da una presunzione di incuria, e dalla idea di punire i negligenti, ed anco i maliziosi che appositamente tardino a proporre l'azione onde siano difficultate le prove che potrebbero eliderla. Nella penale niente affatto ha che fare la presunzione di incuria; onde è un vero equivoco fare illazione alle prescrizioni penali dalla regola *contra non valentem agere.* In penale il tempo estingue l'azione, perchè oltre alla difficultata giustificazione dell'innocente, il tempo ha fatto *cessare il danno sociale* mercè la presunta oblivione della delinquenza; la quale conduce alla cessazione della impressione morale nata dalla medesima, sia sui buoni in cui è cessato il timore, sia sui malvagi nei quali non ha più forza il malo esempio. Cessato il danno politico si rende inutile la riparazione penale: ma il danno privato può persistere, e deve subire le regole speciali dei diritti meramente privati.

§. 577.

Gli effetti *giuridici* del delitto hanno come ogni umana cosa il loro respettivo modo di *cessazione.* Si estingue l'azione civile con tutti quei modi pei quali le civili obbligazioni si estinguono: modi *naturali*, modi *giuridici;* dei quali il civilista. Si estingue l'azione penale anch'essa per modi *naturali*, e modi *politici.*

§. 578.

Modi *politici* sono quelli pei quali la legge estingue l'azione penale, benchè questa non abbia raggiunto il

Digitized by Google

suo fine, e le fosse possibile tuttora raggiungerlo. Tali sono la sentenza *assolutoria;* l' *indulto* sovrano; la *remissione* nei delitti di azione privata; e la *prescrizione*. La sentenza *assolutoria* non estingue l' *azione* criminale, se non per rispetto al principio politico dell' autorità della cosa giudicata (1). L' *indulto* (ben differente dalla grazia §. 710, 711) non ha altra ragione che l' utile generale della città, che in certi casi si trova più nella impunità che nella punizione del colpevole.

(1) Finchè si enunciano certe regole generali (come è quella del *non bis in idem*) sembra la cosa piana: quando poi si viene alle applicazioni nascono le divergenze. Che un cittadino assoluto una volta per un delitto non possa più per il medesimo molestarsi, nessuno lo impugna di fronte: ma il principio si vuole (mentre si accetta) conculcare o distruggere distinguendo il *fatto* dal *titolo;* e in faccia a tentativi di tale natura non sempre la giurisprudenza tenne fermo. Si pretese che una fanciulla assoluta dall' accusa d' *infanticidio* dovesse ricondursi a giudizio sotto l' accusa di *omicidio colposo*, in ragione dello identico fatto; ma la Cassazione di Francia (24 settembre 1863) respinse lo assunto. Dopo l'accusa di *tentato assassinio* si volle tradurre lo assoluto sotto la nuova accusa di *ferimento;* e la Cassazione Francese (29 agosto 1863) respinse. Ma un imputato *di attentato al pudore* che era stato assoluto, essendo poi stato tradotto per lo stesso fatto sotto il titolo di *eccitamento al mal costume*, la Corte di Parigi (30 settembre 1863) disse non ostare la rejudicata: laonde tale pronunzia si criticò da Morin nel suo *Journal du droit criminel n.* 6045. Si distinse poi tra il fatto rimasto *identico* e il fatto a cui si fosse posteriormente aggiunta una qualche altra *circostanza*, e per cotesto amminicolo si volle eludere la rejudicata: Cassazio-

Digitized by Google

ne 5 febbrajo 1863 (Morin *n.* 7705, *pag.* 318): lo che se si accettasse come regola sarebbe in ultima analisi lo stesso che concedere il più quando si nega il meno. Diversa è la questione relativa a decidere se la rejudicata criminale che per assolvere decise un punto sia di fatto sia di diritto faccia rejudicata su cotesti punti in ordine ad altri *fatti consimili* commessi posteriormente (Morin *n.* 7861) sul che potrà bene invocarsi la sentenza assolutoria come causa di *buona fede* del giudicabile nel fatto posteriore, ma non come rejudicata che dia perpetua licenza al giudicabile di ripetere in futuro gli stessi fatti: Morin *n.* 7547. Quando però non trattasi di fatti posteriori, ma di quel fatto preciso su cui cadde l'assoluzione io non ammetterei mai che potesse tornarsi a proporre l'accusa nè sotto il pretesto di circostanze novellamente scoperte, nè sotto il pretesto di una errata qualificazione giuridica nella prima accusa (vedasi Morin *n.* 7856) quando anche la nuova circostanza o il nuovo titolo che vogliono obiettarsi inducano una mutazione di competenza. Con tali sottigliezze si può molestare forse dieci volte un cittadino per una sola azione benchè e due e tre tribunali abbiano dichiarato o che egli non era l'autore di quel fatto o che il fatto stesso era innocente.

§. 579.

La *prescrizione* dell'*azione criminale* (il termine della quale varia secondo la diversa gravità dei delitti) è ammessa da tutti gli scrittori, e da tutte le legislazioni (1). Anche coloro che si rifiutano alla considerazione del cessato danno politico (come Bentham) l'ammettono per la grave difficoltà in cui verserebbe l'innocente, al quale la serotinità dell'accusa renderebbe malagevole e talvolta impossibile la propria giustificazione. La prescrizione dell'azione pe-

Digitized by Google

nale incomincia a decorrere secondo alcuni dal giorno del *delitto;* secondo altri dal giorno dell' *ultimo atto* di persecuzione, eseguito dal pubblico ufficiale contro il colpevole (2). Essa nel secondo sistema può interrompersi con atti di procedura; ma non ammette causa di *sospensione* (3).

(1) Vedasi Bertauld *Leçon* 25. Ottimamente ha detto Ortolan (*Revue critique vol.* 24, *pag.* 204) che la prescrizione dell' azione penale non è sotto il potere del legislatore: *essa è l' opera inesorabile del tempo che cancellando la ricordanza del delitto fa cessare il diritto di punirlo.*

(2) Non tengo conto di una terza opinione, perchè ormai screditata. Fuvvi chi pensò che la prescrizione dell' azione penale dovesse cominciare a decorrere dal giorno della *scoperta* del delitto. Ciò renderebbe eventualmente *perpetua* l' azione penale. Codesta idea nacque da una falsa illazione della regola civile *contra non valentem agere.* Ma quella regola è priva affatto di ogni senso giuridico nelle materie penali. In faccia ai principii fondamentali non vi è dubbio che la massima *contra non valentem agere non currit præscriptio,* manca di ogni termine di ragione in materia di delitti nei quali la prescrizione non ha la sua causa giuridica nella idea di punire i negligenti, ma in un principio di ordine supremo e nella doverosità di proteggere la innocenza, la quale per il ritardo vedrebbe impossibilitata la propria giustificazione, qualunque sia la cagione per cui chi doveva agire non agì tempestivamente. Pure modernamente a cotesta verità si è voluta fare una sottile limitazione: si è voluto distinguere fra impedimento ad agire che proviene *da caso esteriore,* e impedimento ad agire che proviene da una *disposizione della legge.* Vale la regola che il fortuito anche indipendentemente da ogni incuria colpisce sempre la persona sulla quale cade. Ma quando è la legge

Digitized by Google

che per un tempo negò l'azione, la legge (si è detto) contradirebbe a sè stessa se in quel tempo prescrivesse l'azione all'esercizio della quale si è opposta: e perciò l'ostacolo della legge che vieta di agire deve vietare eziandio di prescrivere. Di questa acuta distinzione (proposta in prima pel caso di demenza sopraggiunta all'accusato) si fece uso recentemente per negare il corso della prescrizione in un'accusa contro un deputato al Parlamento Italiano rimasta sospesa per aspettare dal Parlamento il permesso di agire.

(3) Labroguère *Questions sur la prescription, Question* 6. Recentemente il Professore Ortolan (*Revue Critique tom.* 24, *pag.* 206) ha trattato profondamente la questione se il giorno del delitto debba calcolarsi nel termine della prescrizione: per esempio la prescrizione è di un anno; il delitto fu commesso il 10 maggio; la prescrizione si compie essa al 10 maggio dell'anno successivo, o si è compita allo spirare del giorno 9? Mangin (*action publique n.* 319) si era pronunziato per la inclusione del giorno del delitto nel termine. La Corte di Cassazione (10 gennajo 1845) in tema di trasgressione di caccia aveva deciso invece per la esclusione. Ortolan sostiene come più vera questa opinione pei seguenti argomenti — 1.° Perchè il giorno del delitto essendo quello che fa nascere l'azione, e il termine della prescrizione essendo quello che la estingue, se quel giorno si sommasse in questo termine, si addizionerebbero i contrarii. — 2.° Perchè quando una distanza si misura da un determinato oggetto, la estensione dell'oggetto stesso non si include ma si esclude dalla misura: per esempio se dicesi a venti braccia dalla casa, le venti braccia si misurano dal muro esteriore della casa, e non vi s'include il corpo della medesima. Questi due argomenti mi pajono saldissimi. Egli aggiunge. — 3.° Che se la legge contasse per ore o per minuti, certamente l'ora e il minuto del delitto non si vorrebbe contare nel termine prescrittivo. Ma questo terzo argomento fa dubitare dei precedenti. In faccia alla legge che conta per ore e minuti non vi è mai caso che il termine si pro-

Digitized by Google

lunghi oltre il prefisso a danno dell' accusato: quando per altro la legge conta per giorni è inevitabile che il termine o si allunghi, o si abbrevii. Pongasi il delitto commesso al mezzogiorno del 10 maggio. Messo in calcolo il giorno del delitto in faccia alla prescrizione (che per esempio richiede un mese) il reo prescrive in giorni 29, e 12 ore. Escluso dal calcolo non prescrive più in 30 giorni, ma gliene occorrono 30 e 12 ore. Non corre dunque la parità di ragione su cui procede questo 3.° argomento dell' illustre Professore. Malgrado questa osservazione io credo però che la opinione di Ortolan sia rigorosamente parlando più esatta; perchè in faccia alla legge che chiede trenta giorni a prescrivere, si contradice al suo volere facendo prescrivere in 30 giorni e 12 ore. Laddove col far prescrivere in 30 giorni e 12 ore non si contradice alla legge che ha richiesto 30 giorni, per la semplicissima ragione che 29 giorni e 12 ore non sono 30 giorni.

§. 580.

Ma il sistema che interrompe la prescrizione dell' azione penale per atti di procedura non trova principio giuridico sul quale possa appoggiarsi; introduce nella giustizia pratica la più abominevole signoria dell' arbitrio; e conduce ad assurdissime conseguenze, come dirò al §. 718. La prescrizione dell' azione penale deve correre non interrottamente per virtù della sola opera del tempo; e soltanto può ammettersi che incontri intervalli di sospensione quando la non esperibilità dell' azione penale derivi dal *fatto stesso* del giudicabile; come se, a modo di esempio, l' accusato opponga la pendenza di una lite civile pregiudiciale ostativa a definire il giudizio penale. In tale ipotesi sta bene che si sottragga dal tempo che corre a prescri-

Digitized by Google

vere lo intervallo nel quale la giustizia fu condannata alla inazione per la eccezione del giudicabile, forse maliziosamente architettata a quel fine. Ma questa non è *interruzione*, è mera *sospensione;* perchè non porta a richiedere il cominciamento di un nuovo periodo, ma a tener fermo il periodo già decorso per sommarlo poscia col nuovo periodo che sia per decorrere dopo cessata la causa sospensiva.

§. 581.

Modi *naturali* sono quelli pei quali o all' azione è divenuto impossibile raggiungere il suo fine, e tale è la *morte* del reo (1); o lo ha raggiunto, e tale è la sentenza *condennatoria definitiva*, la quale fa nascere una *nuova azione;* l' *actio judicati* contro il delinquente. Dopo la condanna definitiva non resta che la *esecuzione* della medesima.

(1) Nella morte del reo bisogna riconoscere una causa di estinguere l' *azione penale* qualunque sia la di lei influenza sull' *azione civile;* intorno alla quale è a vedersi lo scritto di Ubexi nella *Revue Critique tom.* 25, *pag.* 517. La estingue ancorchè avvenga dopo la sentenza dalla quale pendà ricorso in Cassazione: Cassazione di Francia 27 gennajo 1860, 18 dicembre 1862, e 15 gennajo e 5 febbrajo 1863. In ordine alla estinzione della *pena* taluno pretese distinguere tra pena *corporale* e pena *pecuniaria;* distinzione tutta fiscale ed ingiusta, che confonde le pene *pecuniarie* con le *indennità*.

FINE DELLA PRIMA SEZIONE

Digitized by Google

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

DELLA PENA

CAPITOLO I.

Idea della pena.

§. 582.

La parola *pena* ha tre distinte significazioni — 1.° in senso *generale* esprime qualunque dolore, o qualunque male che cagiona dolore — 2.° in senso *speciale* designa un male che si soffre per cagione di un fatto nostro, o malvagio, od incauto; e così comprende tutte le pene *naturali* — 3.° in senso *specialissimo* indica quel male che dall' autorità civile s' infligge ad un colpevole per causa del suo delitto.

Quando la scienza criminale passa a considerare nella *pena* il secondo oggetto delle sue speculazioni, usa la parola *pena* nel suo significato *specialissimo*. Onde è chiaro che quando Grozio disse la pena — *un male di passione incorso per un male di azione* — definì la pena nel suo senso non specialissimo, ma speciale.

§. 583.

Beccaria definendo le pene — *ostacoli politici contro il delitto* — espresse piuttosto il *fine* della

Digitized by Google

pena come egli lo concepiva, anzichè darne la nozione. Carmignani oltrepassò i limiti di una definizione quando volle includervi la ragione di essere e la destinazione delle pene, e formulare con la definizione un sistema.

§. 584.

Difficilmente nella definizione di un oggetto si possono stringere i suoi *fini* e le sue *cagioni*. Le definizioni bisogna per lo più si arrestino ai caratteri costitutivi del definito. Ciò che riguarda la sua razionalità attiene allo sviluppo della teoria. Perciò definisco la *pena — quel male che in conformità della legge dello Stato, i magistrati infliggono a coloro che sono con le debite forme riconosciuti colpevoli di un delitto* — Se un male s' infligge a chi non è riconosciuto colpevole, o da chi non ne ha l' autorità, o senza legge che lo commini, o in modo arbitrario; questa sarà una vendetta, una violenza, ma non una *pena* in senso giuridico. Ma se invece il legislatore comminò la pena per fini irrazionali, o con esorbitanza dalla ragione penale; la pena potrà dirsi ingiusta, abusiva, dannosa, ma sarà sempre una *pena*.

§. 585.

A completare la nozione della pena: a comprenderla cioè, non quale può essere di fatto, ma quale *deve* essere per dirsi giusta; a riconoscere in una parola le condizioni della sua legittimità; è necessario indagarne

Digitized by Google

la *origine*, e il *fine*. Queste due ricerche sono essenzialmente distinte.

CAPITOLO II.

Origine *della pena*.

§. 586.

Nella pena la origine *storica* differisce dalla sua origine *giuridica*. È necessario conoscere l' una distintamente dall' altra. Studiando la prima si cerca un *fatto*: studiando la seconda si cerca la genesi di un *diritto*.

Articolo I.

Origine storica *della pena*.

§. 587.

È necessario riconoscere come una verità autenticata dalle più remote tradizioni della razza adamitica, che la idea della *pena* nacque nelle società primitive dal sentimento della *vendetta* (1).

(1) Duboys *histoire du droit criminel*. Merita ancora di esser veduto il Forti *opere tom.* 1, *sez.* 3 *e* 4, dove specialmente contempla lo svolgimento antico della penalità in Italia.

Digitized by Google

§. 588.

Nè può eccitare repugnanza che ad un atto oggimai riconosciuto come esercizio di giustizia, si siano condotti gli uomini per una colpevole e feroce passione.

§. 589.

La provvidenza nei suoi alti disegni volendo condurre il creato ad un sistema di armonìa universale, adoperò pel mondo fisico la forza tutta materiale dell' attrazione e della repulsione, potenze primarie (portentose ordinatrici dei corpi) le quali attuarono la legge eterna dell'ordine fisico; ed impreteribile la conservano.

§. 590.

Del pari la provvidenza adoperò per l' ordinamento del mondo morale altrettante forze di istintiva tendenza od aborrimento (potenze primarie e meravigliosamente direttive delle volontà) le quali attuarono la manifestazione della legge naturale regolatrice dell' ordine morale nella umanità, precedentemente a qualsivoglia calcolo razionale ed a qualsiasi dettato di umani legislatori.

§. 591.

Così mentre la umanità si destinava dalla legge di natura a trovare *il suo ordine* nella società civile, furono i primi uomini sospinti al mutuo e permanente

Digitized by Google

consorzio dalla attrazione di un bisogno morale indefinitamente sentito: il quale precedette il calcolo e la osservazione dei resultati benefici, che poscia dimostrarono razionalmente la necessità del nostro vivere nello *Stato*.

§. 592.

E così pure gli uomini primitivi furono spinti dal sentimento della *vendetta* ad infliggere un male a chi aveva ad altri recato male; prima assai che i calcoli razionali dimostrassero ciò consentaneo a giustizia ed indispensabile alla tutela dei diritti umani. In tal guisa l'Onnipotente conduce le creature alla cieca osservanza delle sue leggi. L'armonia universale è il risultamento di un principio unico, costituito dal Supremo Motore, come organo dell'ordine e del progresso nel creato, così nel mondo fisico, come nel mondo morale.

§. 593.

Il sentimento congenito della *vendetta privata*, dalla sua natura di desiderio fu nelle società primitive elevato all'altezza di un diritto: diritto esigibile; diritto ereditario; diritto redimibile a piacere dell'offeso; diritto che per parecchi secoli si guardò come *esclusivo* dell'*offeso*, e dei suoi familiari. Ecco la genesi *storica* della penalità. Noi la troviamo nei libri di Mosè, in Omero; ed i viaggiatori l'hanno ritrovata nell'Asia, nell'Affrica, e nei popoli del nuovo mondo.

Digitized by Google

§. 594.

Poscia civilizzandosi gli uomini per l' opera della religione, assunse questa la direzione universale dei loro sentimenti. Di qui il pensiero che i sacerdoti dovessero essere i *misuratori* della vendetta privata. Laonde, intromessa una volta la idea religiosa nella penalità, e condotti i giudizii alla forma teocratica o semiteocratica, il concetto della *vendetta divina* venne sostituendosi a quello della vendetta privata. Pensiero nel suo nascimento utilissimo e civilizzatore: perchè quegli uomini, incolti nella loro fierezza, dai quali la vendetta tenevasi come diritto loro, non si sarebbero arrenduti a rassegnare cotesto supposto diritto nelle mani di altri esseri simili a loro. Egli fu facile invece persuaderli alla abnegazione di cotesto sentimento, insinuando loro che il soddisfarlo era un diritto esclusivo di Dio.

§. 595.

Ma i popoli con lo svolgersi della civiltà acquistarono la idea dello *Stato:* e personificata in tal guisa la società civile, su questa nuova idea fondarono gli ordinamenti governativi, purgandoli poco a poco da ogni mistura teocratica. Allora alla nuova idea adattarono il vecchio pensiero della *vendetta* nelle pene. Non più guardossi il *delitto* come offesa al *privato*, o alla *divinità;* ma come offesa alla *società* intera. Non più la pena guardossi come vendetta *privata*, o vendetta *divina;* ma come vendetta della *offesa società*.

Digitized by Google

§. 596.

In tal guisa dopochè il sacerdozio aveva ritolto al privato l'autorità di punire, costituendosene egli solo supremo moderatore, vide alla sua volta ritogliersi cotesto ministero dall'autorità dirigente lo Stato, come rappresentante la offesa nazione. E primi i delitti politici, ultimi i delitti religiosi sottratti alla giurisdizione clericale, ebbero la loro repressione per disposto di leggi civili, e per decreto di magistrati.

§. 597.

Sempre però in tutto il corso di cotesto processo di idee, perseverossi a considerare la *vendetta* come idea dominante nella punizione dei delinquenti; e si corse per secoli con la formula della *vendetta*, o *privata*, o *divina*, o *pubblica*; senza gran cosa inquietarsi della legittimità giuridica delle punizioni. E tanto pareva naturale e ineccezionabile il così detto *diritto di vendicarsi*; che la divergenza nacque soltanto sul punto di stabilire a chi appartenesse cotesto *diritto*; e per conseguenza a *nome di chi* dovesse esercitarsi. Tale è il processo *storico* delle pene, quale può affermarsi come dimostrato dalla tradizione di tutte le genti. Ond'è che gli antichi filosofi (non escluso Cicerone (1)) ebbero spesso come espressioni di un medesimo concetto *ultionem*, *defensionem*, e *poenam*.

(1) Vedi Thomasio *inst. jur. div. lib.* 3, *cap.* 7.

Digitized by Google

Articolo II.

Origine filosofica.

§. 598.

Ma i pensatori non si appagano sempre delle ragioni per le quali conducesi il volgo alla esecuzione di certi fatti. Essi si sollevano alla contemplazione della idea astratta del giusto, perchè sentono il bisogno di legittimare i fatti degli uomini con un principio razionale. Laonde anche nella antichità non mancarono filosofi, i quali, mentre i popoli correvano a punire pel sentimento della vendetta, ricercassèro del punire più alta e più vera ragione che non fosse quella di un sentimento feroce e vizioso. Cotesti pensieri non furono per altro che lampi fugaci, perchè l' ordinamento del diritto penale a. teoria filosofica tutta speciale, era riserbato al secolo decimottavo.

§. 599.

Fu allora che le vitali questioni del giure penale incominciarono ad occupare le menti; ed assunsero una preponderante importanza nelle scienze filosofiche. Ed allora si comprese il bisogno di rendere della *pena* una ragione *giuridica*, e di cercare se questo fatto ripetuto per tanti secoli, pel quale una creatura umana si dispoglia suo malgrado dei più sacri diritti, fosse un abuso della forza o l' esercizio irrecusabile di un diritto.

Digitized by Google

§. 600.

Ecco lo studio della *origine giuridica* della pena, che sussegue quello della sua genesi storica. Non più si cerca il perchè *siasi fatto* dagli uomini, ma il perchè si *dovesse fare*, e si *potesse* fare così: onde, trovato al fatto un fondamento di *diritto*, possa il fatto stesso continuarsi con sicura coscienza dai reggitori dei popoli, e debba da questi rispettarsi non come sfogo di una passione dei potenti, ma come legittimo esercizio di un diritto al quale il delinquente non ha ragione di opporsi.

§. 601.

In cotesta ricerca i moderni pubblicisti aberrarono per cento vie diverse fra loro, e spesso contradittorie. Ma la esposizione dei tanti sistemi ideati per dimostrare nella punizione un *diritto*, e la confutazione di ciascuno, eccederebbe il raggio di questo programma (1). Mi limito pertanto ad accennare quel sistema che a me sembra l'unico vero e superiore ad ogni eccezione.

(1) È forse impossibile enumerare tutti i diversi sistemi che immaginarono i pubblicisti per dare al gius di punire il suo principio fondamentale: ed è anche difficile il distinguerli; perchè spesso diversificanti nella corteccia delle parole, si unificano poi nella sostanza. Pure accennerò i seguenti.

Digitized by Google

1.° — La *vendetta*. Hume, Pagano, Vecchioni, Bruckner, Raffaelli, Romano ed altri, confusero la origine *storica* con la *filosofica:* ammisero che una prava passione potesse convertirsi in un diritto esigibile: e nel desiderio di vendicarsi, che dissero innato nell' uomo, trovarono la legittimità del giure punitivo. Concetto che ha in sè la repugnanza morale.

2.° — La *vendetta purificata* (Luden). La società punisce perchè l' offeso non si vendichi. Concetto *incompleto;* che falsa lo *scopo* del giure penale: che converte la pena in una *protezione*: che non dando ragione del *diritto* di far male *a me* perchè si teme che *altri* si vendichi di me, ritorna in fine al principio della *utilità*.

3.° — La *convenzione* (Rousseau, Montesquieu, Burlamaqui, Blackston, Vattel, Beccaria, Mably, Pastoret, Brissot de Warville) o la cessione alla società del diritto privato di difesa *diretta*. Al che vennero o con la nuda asserzione del *patto*, senza dare ragione della potenza: o col figurare la *cessione* (Filangieri) del diritto che ha l' aggredito di uccidere l' aggressore: senza avvertire all' anacronismo, e alla diversità essenziale di condizioni fra diritto e diritto; o immaginando che il diritto di punire (Grozio — Locke — Micheli — Folkersma) appartenesse per legge di natura all' offeso per cautelarsi contro il nemico da offese ulteriori. E sempre sopra un' ipotesi falsa, ed assurda.

4.° — L' *associazione* (Puffendorf). La costituzione della società sviluppa il giure punitivo, per ragione della unione stessa. Concetto del tutto empirico, che dà ragione del fatto col fatto; e ritorna nella idea della *convenzione;* e così urta nello scoglio che il fatto dei padri non può vincolare la libertà dei figli.

5.° — La *riparazione* (Klein, Schneider, Welcker). Principio assoluto che chi ha recato un danno lo ripari. Dunque il delinquente deve riparare il danno che ha

Digitized by Google

recato alla società. Concetto che *denatura* la pena, e confonde il suo *fine* col suo *principio*.

6.° — La *conservazione*. La società col punire esercita il diritto che ha ogni essere di *conservare* sè stesso: nè può conservarsi se non ferma il braccio degli *altri* col punire *il delinquente*. Lo che si espresse o con la semplice formula di *conservazione* (Schulze, Busatti, Martin): o con la formula della *difesa sociale indiretta* (Romagnosi, Comte, Rauter, Giuliani): o con la formula più vaga della *politica necessità* (Feuerbac, Krug, Baver, Carmignani). Concetto che accenna la *cagione* del punire; ma non dimostra perchè la società abbia il *diritto* di punire *uno* per timore degli *altri*.

7.° La *utilità* (Hobbes, Bentham). Principio assiso sul falso postulato che la *utilità* (intesa nel senso di bene *materiale)* dia il sommo principio del *bene morale*, e la sufficiente genesi del diritto.

8.° — La *correzione* (Roeder, Ferreira, Mazzoleni, Marquet-Vasselot). La società ha diritto di punire il colpevole per *emendarlo*. Concetto simpatico: ma che *denatura* la pena: e non può dar ragione del *diritto* che afferma, se non col farlo discendere dall' *interesse* sociale; cosicchè si confonde col principio della *utilità*.

9.° La *espiazione* (Kant, Henche, Pacheco). È principio di *giustizia* assoluta che chi ha *fatto male* espii il suo fallo col patire un male. Formula vasta che autorizza la società a sindacare la moralità *interna* più che la *esterna:* e mercè la quale l' autorità civile usurpa un attributo divino. Onde la scuola eclettica vi aggiunse il limite della difesa sociale (Broglie, Rossi, Guizot, Remusat, Pouhaer, Belime, Haus). Col che se ne fu tolto il principale suo vizio; non ne furono tolti però gli altri difetti. Perchè assumendo come prima base della pena la espiazione, e configurandovi un' *anticipazione* della giustizia divina, è forza subire le esigenze della *morale* nel misurare le pene: e si resta esitanti in faccia ad un fallo per altra

Digitized by Google

guisa espiato: e si attribuiscono all' uomo cognizioni che sono esclusive di Dio. Difetti che con uguale fondamento si rimproverano al sistema della *decadenza* (Schmalz, Fichte): che consiste nell' *affermare* che l' uomo col delinquere *scade* dalla sua dignità, e perciò può venire senza ingiustizia spogliato dei suoi diritti. Lo che ognuno comprende essere un' *asserzione*, e niente di più. Tutte queste formule, che hanno per base un principio *morale astratto*, mostrando nel delinquente il *merito* di essere punito, non spiegano perchè la punizione si infligga dall' autorità sociale, ed esclusivamente da lei: sicchè per giungere a cotesto risultato vi è bisogno di una seconda teoria, e di una seconda dimostrazione. Nel modo stesso che la formula della necessità sociale ha bisogno di una seconda teoria per dimostrare la ragione di essere dello Stato.

10.° — *La difesa continuata.* Questa formula si è recentemente proposta da Thiercelin (*Revue critique* 1863, *vol.* 22, *pag.* 253) come un nuovo dettato: ma a me pare un mero svolgimento del principio della *difesa diretta.*

Vedasi in proposito di questi diversi sistemi Franck *philosophie de droit pénal, première partie* — Bertauld *etudes sur le droit de punir* — Ortolan *elements de droit pénal* §. 176 *a* 189 — Trebutien *cours elémentaire de droit criminel, chap.* 1. — Tissot *droit pénal tom.* 1, *pag.* 195 — Haus *du principe d' expiation* — Mamiani e Mancini *lettere intorno alle origini del diritto di punire* — Conforti *intorno al diritto di punire* — Tolomei *diritto penale filosofico e positivo*, §. 32 *e seguenti;* il quale nei suoi *elementi di diritto naturale* §. 630, aveva già professato una formula che implicitamente s' identifica (a quanto mi pare) con la mia, ed alla quale ci trovammo quasi contemporaneamente condotti l' uno ad insaputa dell' altro.

Digitized by Google

§. 602.

Il diritto di punire nell' autorità civile emana dalla *legge eterna dell' ordine* applicata alla umanità; che è quanto dire emana dalla *legge di natura*. E quando io dico *legge di natura*, *diritto naturale*, non intendo già per *natura* le *condizioni materiali* dell' individuo umano. Questo falso concetto che generò tanti errori porta a confondere gli *appetiti* e i *bisogni* dell' uomo individualmente guardato, coi *diritti* della umanità. Gli appetiti umani possono essere talvolta la rivelazione spontanea della legge naturale, quando siano razionali; cioè coordinati al rispetto dei diritti di tutti. Ma la legge di natura non deve scambiarsi con la voce che in certi casi la promulga. Essa è *precedente* a cotesti appetiti; non *procedente* da loro: nel modo stesso che è precedente ad ogni fatto umano, e ad ogni umano ordinamento. La legge di natura è quale la concepiva Aristotele: la legge dell' ordine prestabilita alla umanità dalla mente suprema.

§. 603.

In questa formula si unificano il principio della giustizia assoluta (della quale è il primo archetipo la legge naturale) il principio della conservazione (della quale è strumento divino la legge stessa) e l' assentimento spontaneo della coscienza universale, promulgatrice costante di quella legge. Queste tre idee si unificano in quella formula, non come tre cose distinte, che la fan-

Digitized by Google

tasia di un eclettico ricongiunga per formarne un sistema; ma come tre elementi o condizioni insite per natura sua in un principio *unico*, e da lui inseparabili.

§. 604.

La derivazione nella società del diritto di punire dalla legge di natura, si dimostra mercè la catena delle seguenti inconcusse proposizioni:

1.° Che esiste una legge eterna, assoluta, costituita dal complesso dei precetti direttivi della condotta esteriore dell' uomo; promulgata da Dio alla umanità mediante la pura ragione. La esistenza di questa legge si esprime dai giuristi teologi con la formula — *legem naturalem hominibus imponere Deus et* potuit, *et* debuit, *et* voluit. — Essa non può negarsi senza negare una mente nella creazione; o negarle gli attributi della sapienza e della bontà.

2.° Che questa legge accorda all' uomo dei *diritti, necessarii* a lui per raggiungere la sua destinazione su questa terra. Riconosciuto che l' uomo sia dal creatore soggettato a dei *doveri*, non può senza assurdo non riconoscersi nella legge *morale* anche il carattere di legge *giuridica*, per la repugnanza che porterebbe in sè stessa una legge che imponesse dei doveri senza concedere i *diritti* che sono indispensabile mezzo per adempirli.

3.° Che della necessità assoluta in cui sono gli uomini di godere questi diritti, è necessità conseguente il diritto di esercitarne anche coattivamente la tutela, avverso coloro che per malvagio impulso violino il dovere, a tutti reciprocamente imposto, di rispettarli.

Digitized by Google

4.° Che dal libero esercizio di questi diritti, e dalla relativa obbedienza al dovere di rispettarli, nasce l'ordine morale esterno voluto dalla legge di natura.

5.° Che il bisogno di quest' ordine, e cioè la effettiva protezione dei diritti umanitarii, non è soddisfatto nella società naturale; per la doppia cagione — della impotenza di affermare il giudizio sul diritto e sulla violazione — e della impotenza materiale di impedire o di riparare la lesione del diritto.

6.° Che dunque è necessità della natura umana lo stato di *società civile:* di una società, vale a dire, nella quale ai consociati sovrasti un' autorità protettrice dell' ordine esterno. Cosicchè l' ordine della *società civile*, ben lungi dall' essere un contrapposto dell' *ordine naturale*, è anzi l' unico ordine che la *legge naturale* impone alla umanità.

§. 605.

Questa serie di proposizioni porta alla conseguenza inevitabile che l' autorità sociale, voluta dalla legge eterna dell' ordine come unico mezzo possibile di tutelare i diritti dell' uomo, deve essere un' autorità armata di tutte quelle forze che le sono necessarie per raggiungere cotesto fine. E queste forze a lei attribuisce, non il consenso umano o la convenienza politica, ma la stessa legge che *la volle* e la volle per *cotesto fine.*

§. 606.

Ma le forze meramente *remunerative*, e le *preventive* dell' autorità sociale non risponderebbero al biso-

Digitized by Google

gno, senza il diritto di punire i violatori della legge giuridica. Dunque da quella stessa legge dalla quale è voluta l'autorità ed il suo fine, è pure conferito nella medesima il diritto di punire. Se vi è fatto che esaminato *a posteriori* si dimostri come svolgimento di un principio universale ed assoluto, tale si è questo della punizione dei delinquenti. Rivelata all'uomo in tutti i tempi, ed in tutti i luoghi sotto forma del sentimento di vendetta; purificata ai primi albori della civiltà con la idea religiosa; ricondotta dal progresso dei lumi al suo vero carattere esclusivamente terreno; e finalmente portata alla sua ultima elaborazione col ravvisarvi non un diritto dell'offeso, del sacerdote o del principe, ma della umanità; la potestà punitrice si è mantenuta attraverso tutte le idee e tutti i sistemi, uno scettro al quale le passioni umane si sono sempre e dappertutto curvate. Ciò mostra, io ripeto, che se vi è precetto che intuitiva riveli la sua emanazione dalla legge eterna regolatrice della umanità, esso si è questo della punizione del colpevole sulla terra.

§. 607.

Perciò tanto è lontano che possa elevarsi il menomo dubbio sulla legittimità delle punizioni irrogate dall'autorità sociale; quanto invece la società *civile* ha per *unica ragione assoluta* del suo essere soltanto questa della necessità di punire le offese recate ai diritti dell'uomo. Ai bisogni *fisici* ed *intellettuali* della umanità basterebbe infatti una mera *società naturale;* ordinata sul principio della perfetta uguaglianza;

Digitized by Google

senza autorità, e senza leggi. Perchè dunque si dice che alla natura umana la sola associazione fraterna non basta, ma le è necessaria la società civile, che è quanto dire l' impero? Soltanto pei bisogni *morali* dell' uomo; i quali senza l' impero non sarebbero soddisfatti per la mancanza di ogni possibile protezione del diritto. La necessità di punire è la sola ragione di essere dell' impero. Ponete che nessun uomo violasse mai i diritti altrui, o che la legge morale avesse in sè medesima bastante forza di coazione, o bastante sanzione, come l' hanno le leggi fisiche; e l' impero sarebbe allora una superfluità ed una ingiustizia. Il mutuo soccorso nelle esigenze della umanità; il progresso intellettuale indefinito dell' uomo, che cammina sul carro della tradizione; troverebbero quanto loro occorre nella mera associazione fraterna alla quale è spinta, e nella quale è mantenuta per impulso irresistibile della sua stessa natura, la umanità.

§. 608.

Ma la legge morale è in condizione di essere violata a cagione della libertà umana; e delle rie passioni che troppo trascinano al male. E la legge morale, siffattamente esposta ad essere violata, non ha in sè medesima sulla terra una coazione efficace, nè una sanzione immediata e sensibile. I bisogni della umanità esigevano che tale coazione e tale sanzione venisse a completarla. E lo strumento dalla legge eterna destinato a questo suo complemento è l' autorità sociale; che lo raggiunge mediante la coazione *preventiva* (uf-

Digitized by Google

ficio di buon governo); e mediante la minaccia e la irrogazione di un male sensibile ai violatori del diritto (magistero punitivo): e così protegge legittimamente i diritti degli uomini ed i proprii. Il fine precipuo della società civile è la costituzione sulla terra del *regno della legge giuridica* che senza lei non sarebbe possibile: cioè di far vivere gli uomini uniti nel vincolo di obbedienza alla legge del diritto. Ogni lesione del diritto individuale avversa il *fine* della società civile, e così avviene che leda anche la società. L' autorità sociale ha dunque diritto di fare tutto quello che è necessario a raggiungere codesto *fine* della tutela giuridica, e così ha il diritto di conservare e tutelare sè stessa, perchè con ciò tutela e conserva lo strumento che la legge eterna dell' ordine ha prestabilito come indispensabile a rendere perfetta la legge morale. Di qui il potere nell' autorità di esercitare coazione *fisica* per impedire un delitto non anche commesso: di qui il potere in lei di esercitare una coazione *psicologica* sui male inclinati, minacciando loro un dolore sensibile in pena di aver ceduto all' appetito del bene sensibile con violazione della legge del diritto. E poichè la sola opera della coazione fisica non basterebbe all' uopo, così il magistero punitivo deriva propriamente da una *necessità della umana natura*, e non da una *necessità politica* (1).

(1) La formula di Carmignani, che trovò nel diritto di punire uno *jus politicae necessitatis*, quantunque meno difettosa di tante altre formule immaginate allo scopo, non risponde al bisogno: perchè necessità politica vuol dire

Digitized by Google

necessità della *città*, dello *Stato*; e il malvagio che si vuole soggettare ad una pena può sempre rispondere che egli non riconosce la ragione di essere di codesto Stato, e di codesta città. E finchè a lui si ripete la consueta argomentazione che i bisogni fisici ed intellettuali della umanità, e la sua destinazione ad un indefinito perfezionamento, esigono lo stato di associazione; egli senza niente affatto ricorrere ai delirii del Ginevrino può ammettere la verità della natura socievole dell' uomo, e riconoscere nell' associazione il destino della umanità; ma persistere a negare che tale associazione debba aberrare dai limiti di una mera fraternità fondata sui diritti della uguaglianza; negare la legittimità della costituzione di un governo, e dirla un risultato della forza. Cosicchè quando a lui per tutta ragione del fatto di punirlo, gli si adduce il bisogno politico, si ricorre ad un postulato che egli nega in radice. Ed ecco che si ha bisogno di una seconda dimostrazione per legittimare la costituzione della società a forma di Stato; e la legittimità del divieto, e della punizione. La formula *necessità politica* è dunque incompleta, perchè lascia a desiderare la dimostrazione che siffatta necessità sia costitutiva di diritto. Ma quando la ragione di punire si fa rimontare alla legge giuridica primitiva, è dimostrata la necessità del punire come derivazione di codesta legge: ed è dimostrata contemporaneamente la necessità di essere della società civile e dell' impero. Il malvagio non può senza sofisma, e senza contradizione evidente, negare codeste verità quando si riassumono con siffatta formula. Perchè quando egli chiede ragione alla società del *divieto* e della *punizione* per cui lo si priva di certi diritti, egli afferma in sè la esistenza di quei diritti dei quali vorrebbe all' autorità contrastare la potestà di spogliarlo. E affermandoli *in sè*, gli è giuocoforza confessare una legge giuridica, e confessare ugualmente la esistenza di quei diritti *negli altri*. E confessandoli negli altri bisogna che confessi il suo *non diritto* di spogliarne gli altri com' egli ha fatto con l' azione delittuosa: e bisogna che

Digitized by Google

confessi il diritto degli altri di tutelarli contro di lui. E allora sorge spontanea la differenziale del confronto fra questi e lui. Perchè questi, non avendo i primi violato la legge giuridica, hanno ragione d'invocarne la tutela, e dirsi da lui spogliati *ingiustamente*. Egli invece, perchè violò il primo la legge giuridica, non può senza contradizione invocare la tutela della medesima entro i limiti nei quali il diritto da lui affermato trova collisione nel diritto degli altri. È perciò che il diritto *in genere* di proibire e punire non può dal colpevole negarsi senza vizio logico, perchè nella sua opposizione egli si fonda sul postulato della esistenza di una legge giuridica, la quale gli è forza confessare universale ed a tutti comune. E la confessione del diritto è inseparabile dalla confessione della facoltà di difenderlo. Ecco perchè io ho creduto di non accettare la formula del mio grande maestro; perchè se si prende seccamente è una formula empirica; e se vuole farsi risalire ad un sommo principio di ragione, questo non può trovarsi in altro che nella legge di natura, prima costitutrice del diritto e della sovranità del diritto. La *società civile*, ossia la *città*, ben lungi dall'essere la *causa* del diritto; ne è il primo *effetto*. Non è dessa che crea la legge giuridica; è la legge giuridica che crea lo Stato come strumento della propria osservanza. A me pare giustissima la censura di Thiercelin *(pag. 202 e segg.)* che la formula *necessità sociale* cade nell'errore così frequente di confondere il *diritto* con la sua *garanzia*.

§. 609.

Il diritto di punire nella società ravvisato come complemento del precetto morale, causa dell'essere della società, prescrizione della legge eterna dell'ordine nella umanità, riposa in tal guisa sui tre principii della utilità, della giustizia, e della simpatia. Della *utilità*, per-

Digitized by Google

chè la legge di natura è unicamente intesa al bene dell' uman genere: della *giustizia*, perchè la legge di natura come legge divina ha per norma il giusto assoluto, che esige il male di chi fa male: della *simpatia*, perchè la legge di natura promulgata da Dio al cuore di tutti gli uomini mercè il senso morale e la retta ragione, non può non trovare un eco di approvazione alle sue volontà in tutti i cuori che non siano pervertiti dalla passione. Ma questi non sono tre principii che si accozzino per virtù di una dottrina: sono le condizioni congenite e inseparabili della legge di natura.

§. 610.

La pena non è un mero bisogno di giustizia che esiga la *espiazione* del male morale. Dio solo ha la misura e la potestà di esigere la dovuta espiazione. Non è una mera difesa che l' *interesse* degli uomini si procacci a spese altrui. Non è lo sfogo di un sentimento degli uomini che mirino a tranquillizzare gli animi loro rimpetto al *pericolo* di offese future. La pena non è che la sanzione del precetto dettato dalla legge eterna: la quale sempre intende alla conservazione della umanità, ed alla tutela dei suoi diritti: sempre procede sulle norme del giusto; sempre risponde al sentimento della coscienza universale.

§. 611.

Il sistema penale, riconosciuto come emanazione della legge di natura, deve ordinarsi dunque in conformità di quelle condizioni che sono insite al fonte

Digitized by Google

da cui deriva. Ogni sistema penale che aberri da una di tali condizioni, è ingiusto, antipatico, e deve riuscire dannoso: perchè le norme della legge eterna sono assolute ed impreteribili. Coerentemente a siffatti pensieri io ravviso il principio *fondamentale* del giure punitivo nella necessità di difendere i diritti (1) dell'uomo: ravviso nella giustizia il *limite* del suo esercizio: nella pubblica opinione il moderatore della sua *forma*.

(1) La *tutela giuridica* è evidentemente una formula essenzialmente diversa dalla formula della *tutela sociale*. A questa la scuola eclettica ebbe bisogno di congiungere la idea del limite della giustizia, come un *quid ulteriore*, adiettovi dalla conciliazione della dottrina. E bene fu mestiero lo usare questo ripiego, perchè la formula *difesa sociale* dà alla punizione un principio tutto *materiale*, e lo pone in balìa delle fluttuanti e spesso esorbitanti esigenze dell' *utile*. Ma nella formula della *tutela giuridica*, il limite della giustizia è congenito, intrinseco, inseparabile. Fra i moderni criminalisti quello che più siasi avvicinato a cotesta formula è l' illustre Ortolan *cours de droit pénal n.* 176 *et suiv. n.* 185 *et suiv.* È inoltre da avvertirsi che la formula difesa *sociale* si presta ad una *equivoca* interpetrazione: in quanto cioè la parola *sociale* può essere presa o in senso *attivo*, o in senso *passivo*. In senso *passivo* quando s' intenda che il gius primitivo di punire nasce nella società per la difesa *di sè stessa:* e in questo senso la formula è prepostera e falsa. In senso *attivo* quando s' intenda che il diritto primitivo è nello individuo e che la società deve esercitarne la difesa. In questo senso risponde al concetto che io tengo per vero: dicasi pure difesa sociale, ma per esprimere il *defendente* non il *difeso*. Tale formula però è inaccettabile appunto perchè pericoloso lo scambio.

Digitized by Google

§. 612.

Lo che porta a concludere che la *libertà dell' uomo* è in definitiva il fondamento del giure penale. Destinato l' uomo per legge di sua creazione ad esercitare *liberamente* la sua attività sulla terra entro il limite del rispetto alla libertà dei suoi simili, egli è costituito *ab eterno* sotto il dominio della *legge morale* che ad un tempo segna i suoi diritti sugli altri, e i suoi doveri verso gli altri. Ma questa libertà non sarebbe reale senza il freno di un' autorità che completasse la efficacia della legge. Dunque non è la società che fa *nascere (!)* il diritto di punire: è la *necessità di punire* i violatori del diritto quella che fa nascere la *società civile*. Questa è un effetto inalterabile della legge di natura, non come *fine*, ma come *mezzo*, come *strumento* alla coazione della licenza, ed alla respettiva protezione della umana attività. Se si nega la preesistenza del diritto alla società civile: se nella recognizione di questa legge eterna non si ravvisa la ragione di essere dell' autorità come sua necessaria ministra; bisogna gettarsi disperati in una di queste due vie. O incatenare la ragione umana ad un dommatismo favoloso. O lanciarsi nell' onda infida ed incostante della utilità. Nel primo caso si consegna il giure penale alla teologia, e necessariamente si subordina ad un principio falso appo quelle genti che non godono la verità della rivelazione: nel secondo si affida ai venti delle passioni. Ogni altra formula non è che un ritrovato di nuove frasi, nel cui fondo o vi è il

Digitized by Google

vuoto, o vi è una di queste due idee. Non vi è che la formula della legge dell' ordine terreno, che mantenga il giure penale nella vera sua condizione di essere un fatto puramente umano esente da ogni ascetismo, ed ai soli *fini umani* diretto: e di essere un fatto che si rannoda ad un *principio assoluto*, incrollabile e immoto, sì rimpetto alle furie dei molti, come rimpetto alle prepotenze dei pochi. La base della nostra formula è un *domma:* il domma universale che legittima le società, i governi, il magistero penale e civile, e quanto altro avvi che esprima l' impero della intelligenza umana sull' uomo: un domma umanitario che persuade così i cristiani come i seguaci dei falsi profeti: il domma che il Creatore subordinasse gli uomini ad una legge morale che fosse giuridica e perfetta. Noi siamo tutti strumenti nella mano di Dio: o governati o governanti non abbiamo diritti tranne per servire ai suoi fini.

CAPITOLO III.

Fine *della pena.*

§. 613.

Spesso si confuse lo *scopo* di un fatto, con la *ragione della sua legittimità:* ciò avvenne ancora in rapporto alla *pena;* e fu sorgente di errori. L' una cosa è essenzialmente distinta dall' altra. Lo studio del *principio fondamentale* della pena conduce a trovare il *criterio essenziale* delle azioni delittuose: cioè cosa

Digitized by Google

debba essere nelle azioni umane perchè possano vietarsi; e il risultato di tale studio secondo la nostra formula si compendia in questo: debbono essere *azioni lesive del diritto* alle quali non si ottenga completa riparazione con la sola *coazione* fisica, ma siavi bisogno di una *sanzione*. Lo studio del *fine* della pena conduce a trovare i *criterii misuratori* dei delitti, e così delle pene medesime.

§. 614.

Il *fine* della pena non è quello nè che *giustizia sia fatta;* nè che l' offeso sia *vendicato;* nè che sia *risarcito* il danno da lui patito; nè che si *atterriscano* i cittadini; nè che il delinquente *espii* il suo reato; nè che si ottenga la sua *emenda*. Tutte coteste possono essere *conseguenze accessorie* della pena; ed essere alcune di loro desiderabili: ma la *pena* starebbe come atto incriticabile quando tutti cotesti risultati mancassero.

§. 615.

Il *fine* primario della pena è *il ristabilimento dell' ordine esterno nella società* (1).

(1) Cock *(diss. de fine poenaram)*, Feuerbach, e altri con loro, dissero doversi distinguere il *fine* della *comminazione* della pena, dal *fine* della sua effettiva *irrogazione*. Ma Baver, e Königswarter respinsero cotesta distinzione come una vana sofisticheria, osservando che alla esecuzione della pena non potea darsi un *fine speciale*. Essa non deve essere che la sequela necessaria della sua

Digitized by Google

comminazione fatta dalla legge. Ora se il giudice nello irrogare la pena si proponesse un *fine diverso* da quello che il legislatore si propose nel minacciarla; la condanna non sarebbe più la sequela necessaria della legge: non sarebbe più un' azione *giusta*, ma un' azione *politica:* e il giudice nel *diverso fine* supposto potrebbe trovare una ragione di deflettere dalla coerenza alla legge.

§. 616.

Il delitto ha *materialmente* offeso un individuo, od una famiglia, od un numero qualunque di persone. Questo male non si ripara con la pena.

§. 617.

Ma il delitto ha offeso la società violando le sue leggi: ha offeso tutti i cittadini diminuendo in loro la *opinione* della *propria sicurezza,* e creando il *pericolo* del mal esempio.

§. 618.

Il pericolo dell' offeso è ormai pur troppo passato, poichè si è convertito in male effettivo. Ma il pericolo che minaccia tutti i cittadini è adesso cominciato. Il pericolo cioè che il malvagio, se si lascia impunito, rinnovi contro altri le sue offese: e il pericolo che altri, incoraggiati dal malo esempio, si diano anch' essi a violare le leggi. Ciò eccita naturalmente l' effetto morale di un timore, di una sfiducia nella protezione della legge in tutti i consociati che nutrono all' ombra della medesima la coscienza della loro libertà.

Digitized by Google

§. 619.

Questo danno tutto *morale* (§. 118) crea la offesa a tutti nella offesa di uno, perchè turba la quiete di tutti. La pena deve riparare a questo danno col *ristabilimento dell' ordine*, commosso pel disordine del delitto. Il concetto di *riparazione* col quale esprimiamo il male della pena ha implicite in sè le tre risultanti di *correzione* del colpevole, *incoraggiamento* dei buoni, *ammonizione* dei male inclinati. Ma questo concetto differisce grandemente dal concetto puro della *emenda*, e dal concetto dello *atterrimento*. Altro è *indurre* un colpevole a non più delinquere, altro è pretendere di renderlo interiormente buono. Altro è *ricordare* ai male inclinati che la legge eseguisce le sue minacce, altro spargere il terrore negli animi. Il timore e la emenda sono implicite nell' azione morale della pena; ma se di loro vuol farsi un *fine speciale*, essa si denatura, e si conduce ad aberrazioni il magistero punitivo.

§. 620.

I cittadini che temevano nuove offese dal delinquente, cessano di temerne, sperandolo *frenato* dalla pena.

§. 621.

I cittadini che temevano per parte di altri la imitazione del malvagio, cessano di temerne, sperando dal male a lui inflitto una *remora* che elida l' impulso

Digitized by Google

del tristo esempio. Ed ecco come nella formula della *tranquillità* si riassuma il fine della pena. Questa formula congiunge in sè la espressione che la pena deve essere *pena*, e deve essere *difesa diretta*. Osservazione recentemente esplicata dall' illustre Ellero, e prima di lui non avvertita da alcuno. La pena è destinata ad agire sugli *altri* più che sul colpevole (*moralmente* già s' intende) ma non basta che agisca sui *malvagi*: bisogna che agisca sufficientemente sui *buoni*, per farli tranquilli così rimpetto al delinquente stesso, come rispetto ai temuti suoi imitatori. Quindi quel male che sarebbe sufficiente sanzione al precetto, perchè avrebbe bastante azione sui malvagj in quanto oppone loro un patimento superiore all' utile del delitto, può non avere sufficiente azione sui buoni per tranquillizzarli rispetto allo stesso colpevole. Vi è bisogno di una detenzione prolungata perchè i cittadini non abbiano ragione di temere che colui, troppo presto liberato, torni alle offese. Ecco come il concetto della *difesa diretta* si ricongiunge al fine della *tranquillità*, e viene a completare il criterio misuratore delle pene.

§. 622.

Così la *pena* che niente rimedia al male materiale del delitto, è rimedio efficacissimo ed unico del male *morale*. Senza questa i cittadini, che sentirebbero per la ripetizione dei malefizi ogni giorno viepiù dileguarsi la loro sicurezza, sarebbero costretti ad abbandonare una società incapace a proteggerli.

Digitized by Google

§. 623.

In tal guisa l' ultimo *fine* della *pena* è il bene sociale, rappresentato nell' ordine che si procaccia mercè la tutela della legge giuridica; e l' effetto del fatto penale si ricongiunge con la causa che lo legittima.

§. 624.

Ma per giungere a cotesto *fine* la pena bisogna produca certi effetti, i quali sono come altrettanti fini più prossimi cui la penalità deve indirizzarsi. E questi determinano i *caratteri speciali* che devono *impreteribilmente* desiderarsi nella medesima.

§. 625.

Tali *condizioni* della penalità, essendo derivazioni del suo principio assoluto, legano lo stesso legislatore; il quale non può senza abuso defletterne: poichè la legge eterna dell' ordine è, come disse Bacone, la *lex legum.*

§. 626.

Finchè si aggira nella ricerca di queste *condizioni* essenziali, il giure penale si mantiene all' altezza di *scienza* puramente speculativa. Quando discende poi a scegliere i modi migliori per attuare cotesti principii, viene (come bene osservò un grande filosofo (1)) a partecipare dell' *arte;* perchè le sue ricerche cadono

Digitized by Google

tutte sui mezzi pratici di obbedire a quella legge, e di raggiungere quel fine che la scienza gli ha rivelato.

(1) Il Cav. Senatore Centofanti.

CAPITOLO IV.

Forze *inerenti alla pena.*

§. 627.

Esaminando la *pena* nella sua indole giuridica, troviamo costituirsi la medesima di due *forze* omogenee a quelle che riscontrammo nel delitto (§. 53, e segg.); ed in ciò ricorre perfettissima analogia: forza *fisica*, e forza *morale*.

§. 628.

La forza *fisica soggettiva* della pena consiste negli *atti materiali* con cui s' irroga al reo il male che costituisce la punizione. Senza atto esterno non può esservi pena, come non vi può essere delitto.

§. 629.

La forza *fisica* della pena, *oggettivamente* guardata, si rappresenta dallo *effettivo patimento* in cui sta pel condannato il risultato doloroso della pena: come la forza fisica oggettiva del delitto ci esprime il risultato dannoso che dal medesimo proviene all' offeso.

Digitized by Google

§. 630.

La forza *morale soggettiva* della pena sta nel procedere essa dalla *volontà razionale* del giudice competente, che interpetra ed applica la volontà della legge. Senza questo elemento, senza un fatto *psicologico* che gli dia legittimità, nel male irrogato non si ha una pena, ma un fatto violento che non ha caratteri giuridici: nel modo stesso che se il fatto dannoso non procede da volontà intelligente, non si ha un delitto, ma una violenza del fato senza carattere giuridico; perchè gli manca il concorso del fatto *psicologico*.

§. 631.

La forza *morale oggettiva* della pena si rappresenta dal *risultato morale* che il supplizio eccita negli *animi* dei cittadini; o buoni col farli tranquilli, o malvagi col frenarli.

§. 632.

La grande efficacia politica della pena sta in questa sua *forza morale*. Dalla forza morale del delitto nasce la *offesa sociale;* dalla forza morale della pena nasce la *riparazione sociale*.

§. 633.

È tale la importanza della *forza morale* della pena, che alcuni criminalisti, fra i quali Niccolini (1),

Digitized by Google

vollero *in questa sola*, considerata nei suoi effetti sull' animo del colpevole, ravvisare la *vera pena*. Il carcere, l' ammenda, e la stessa morte non sono, secondo questa dottrina, veramente la *pena;* ma sono i *mezzi* per cagionare la *pena:* e quelli sono unicamente legittimi per cotesta loro *azione sull' animo*.

(1) In un suo trattato inedito sul diritto di punire, inviato in forma di lettera a M. Ortolan nel 1843.

§. 634.

Non può negarsi questo duplice significato della parola *pena*. Quando si dice, *il carcere è una pena*, si designa la *materialità* di un mezzo speciale destinato a far soffrire il colpevole. Quando si dice, *Cajo ha subito la carcere*, si esprime il risultato del mezzo materiale usato contro di lui, la privazione della libertà personale, e il patimento che questa ha cagionato al colpevole. Cotesta duplice accezione della parola *pena*, emerge chiara da una frase comune che senza ciò sarebbe un' anfibologia. Dicesi spesso — *le* pene *infamanti non sono* pena *per l' infame: le* pene *pecuniarie non sono* pena *per il ricco*. Ciò venendo a dire la *pena* non è *pena*, affermerebbe la impossibilità logica dell' essere e non essere, se non si desse un duplice senso alla parola.

§. 635.

Simile pensiero è dunque esatto: ma l' aspetto tutto ideologico sotto il quale la pena verrebbe così a

Digitized by Google

considerarsi, male si presta alla sposizione della dottrina; e rinnoverebbe quasi il linguaggio scientifico. Senza dunque abbandonare il significato materiale che comunemente si dà alla parola *pena*, al concetto ideologico si giunge assai, per quanto importa ai bisogni della scienza, col rintracciare distintamente nella *pena* (*mezzo* di cagionare dolore) le *forze* che in lei si contengono, e che ne costituiscono il meccanismo, ed i resultati.

§. 636.

La *forza morale* è nella pena sotto entrambo i suoi aspetti, anche prima che sia irrogata. Anzi allo stato di *minaccia* essa non agisce che moralmente. Ma quando il delitto dallo stato di previsione è passato allo stato di realtà, la forza morale della minaccia sarebbe distrutta se anche la pena non divenisse una realtà. È la sua irrogazione materiale quella che restituisce alla minaccia, disprezzata dal delinquente, tutta la efficacia sugli animi: ed è in questo momento che si completa la *forza morale* della pena. La irrogazione materiale del castigo diviene un fatto giuridico, perchè rende più sensibile la *idea:* la idea nel colpevole di aver meritato quel patimento col violare il precetto: la idea nei buoni di essere protetti mercè la sanzione del precetto: la idea nei maleinclinati di correre incontro ad uguali patimenti se violeranno il precetto.

§. 637.

Ma perchè la pena abbia in tutta la sua potenza cotesta *forza morale oggettiva*, bisogna che risponda

Digitized by Google

alle condizioni che nella medesima sono richieste dal suo principio fondamentale e dal suo limite.

CAPITOLO V.

Condizioni *che deve avere la pena.*

§. 638.

Tali *condizioni* possono dividersi in due classi, secondochè o emanano dal criterio tutto *positivo* della *tutela* del diritto; o dal criterio della *giustizia,* che, riconosciuto come *limite,* può dirsi meramente *negativo.*

ARTICOLO I.

Condizioni *della pena derivanti dal suo principio* positivo.

§. 639.

In questa prima categoria si richiamano tutte quelle condizioni che tengono alla *efficacia* della punizione. Affinchè la pena risponda alla legge dell' ordine, che la vuole come mezzo di proteggere i diritti umani, deve essere *sentita* dal reo che colpisce, e *sentita moralmente* dagli altri cittadini. In lei devono essere pertanto sotto questo rapporto, le condizioni seguenti:

§. 640.

1.° Deve essere *afflittiva* del reo, o *fisicamente,* o almeno *moralmente.* Fu un' aberrazione supporre, co-

Digitized by Google

me taluno fece, che il bisogno della pena fosse soddisfatto quando si potesse persuadere gli altri che il delinquente soffre, benchè in realtà nulla soffrisse. Ove pure siffatta pena ideale fosse bastante tutela del diritto rispetto agli altri, non lo sarebbe rispetto al reo che ne riderebbe.

§. 641.

2.º Deve essere *esemplare;* tale cioè che generi nei cittadini la *persuasione* che il reo ha patito un male. La mancanza del primo requisito fa cessare la efficacia della pena rispetto al reo: la mancanza di questo secondo la fa cessare rispetto a tutti gli altri; e così nei buoni come nei malvagi per diversa cagione. Ma la *esemplarità* che richiedesi nella pena non deve guardarsi come un fine precipuo a cui debba essa servire (vedasi Puttmann *opusc. crim. pag.* 265, §. *etsi autem ad pag.* 270): ciò condurrebbe alla falsa dottrina della intimidazione. Deve piuttosto intendersi come una condizione *esteriore* della pena nella sua irrogazione. Mai non deve spingersi all' effetto di aggiungere alla pena tormenti oltre la sua giusta misura sotto il pretesto di renderla più esemplare. La esemplarità in una parola è un risultato che si deve ottenere dalla punizione, senza che per ottenerlo se ne alteri la misura oltre il rapporto (§. 648) della giustizia.

§. 642.

3.º Deve essere *certa;* e così *irredimibile.* La forza morale oggettiva della pena sta più in ragione della

Digitized by Google

sua *certezza*, che della sua *severità;* ossia questa senza quella è elusoria. La *certezza* di che qui si parla non è quella di *fatto* che emerge dall'aumentata probabilità di scoprire i delitti; lo che attiene agli ordinamenti procedurali, e di polizia giudiciaria. Ma è invece la certezza *legale:* cioè che la legge non ammetta mezzi di evadere la pena quando è incorsa ed è riconosciuta la delinquenza. In tal senso osta a questa condizione il principio che vorrebbe insinuarsi dalla dottrina *correzionalista*, insegnando che la pena deve cessare contro il reo quando dimostri di essersi emendato (1).

(1) Vedasi il mio discorso sulla *emenda del reo* negli *Opuscoli vol. 2, opusc. 2.*

§. 643.

4.° Deve essere *pronta:* perchè nell'intervallo fra il delitto e la punizione, la forza morale oggettiva del delitto continua ad esercitare i funesti suoi effetti.

§. 644.

5.° Deve essere *pubblica*. La pena irrogata *in segreto* sarebbe logica se il suo principio emanasse dalla *vendetta*, dalla *espiazione*, o dalla *riforma*. Ma unificato il suo principio nel bisogno di completare la legge dell'ordine, ogni pena segreta è un abuso *illegittimo* di forza.

Digitized by Google

§. 645.

6.° Deve essere irrogata in guisa che *non* divenga *pervertitrice* del reo — Noi non riconosciamo come *fine proprio* della pena la riforma morale del colpevole, se non in quanto dal suo essere di *pena* nasce lo infrenamento delle malvagie passioni. Lodiamo quanto può farsi dai provvidi governi onde profittare della penalità per ricondurre alla moralità i cittadini traviati. Ma altro è dire che debba *profittarsi di un fatto* per raggiungere un *fine ulteriore;* altro è dire che cotesto fine sia una *ragione* od una *causa* del fatto. Altro è ciò che spetta al *buon governo;* altro ciò che spetta al *magistero punitivo.* Questo deve correre per la sua via ai fini suoi proprii: quello deve profittare di ogni occasione per educare il popolo al bene: ma con ciò non deve intralciare il movimento dell' altro. La troppa tenerezza della *riforma* del condannato, se si compenetra col giure penale, porta ad ammollire la sua *inflessibilità,* ed a far vacillare la idea della *irredimibilità della colpa* con grave pericolo della società. Ma se nella correzione interna del reo (che lodiamo come opera santa di buon governo) noi non ravvisiamo un *fine proprio* (1) della pena, rigettiamo però ogni modo di punizione che avvilisce o corrompe il condannato, o gli rende più difficile il ritorno sul buon sentiero.

(1) Io so bene che questi pensieri vanno a ritroso della corrente del secolo. Cresce ogni giorno nei criminalisti mo-

Digitized by Google

derni l'entusiasmo per la dottrina della *emenda del reo*. Nel momento attuale poco vi vuole a scorgere che questo è il punto culminante che richiama le meditazioni del giurista. L'onda del secolo muovesi in questo senso come marea che monta. Se le nuove tendenze poggiano al vero, trattasi di ricostruire tutta la scienza penale. Destriveaux nel Belgio sostenne che l'unico fondamento giuridico della pena è la correzione del colpevole. Mazzoleni in Italia pone questo pensiero come base dei suoi *nuovi principj di diritto penale*, insegnando che la società *non ha diritto a punire il reo*, ma soltanto *a costringerlo ad emendarsi*. Henke proscrive la *detenzione perpetua*, perchè il *reo emendato non si deve punire più oltre;* e il codice di Bolivia (art. 142 e segg.) adotta questa teoria. Pinheiro, Marquet-Vasselot, ed altri proclamano il domma che *la correzione del colpevole* DEVE *far cessare la pena:* e il nuovo codice penale pel regno di Portogallo sembra ispirarsi a coteste idee. Idee tutte eccitate da un sentimento lodevole: ma io vorrei che non fossero pericolose se invadono il magistero penale.

Cotesta dottrina non è che una trasformazione del domma religioso. Ma fu sempre arrisicato per gli uomini lo imitare la divinità. Gli avi nostri si arrogarono l'esercizio della giustizia di Dio: e nacque il sistema della espiazione. Oggi si vuole esercitare il perdono di Dio, e si riduce a sistema il diritto di punire per correzione. Non si vuol mai restringere l'autorità nei confini della *difesa* giuridica.

Come solo può misurare la giusta espiazione, così Dio solo può congiungere la giustizia e la misericordia, e per un atto di pentimento sincero cancellare una serie di scelleraggini. Questa è fede cristiana: fede necessaria all'ordine morale, e quasi dirò necessaria alla vita. Perchè l'uomo così proclive a cadere, non potrebbe, caduto una volta, aver più quiete nell'anima senza questo dilemma; o rinnegare la credenza della vita futura, e correre ciecamente nel sentiero del male; o confidare nel perdono di Dio, e

Digitized by Google

correggersi per meritarlo. Ma questa è legge divina: perchè Dio discerne con la sua onniveggenza il pentimento sincero dalla ipocrita apparenza; mentre l'uomo confonde spesso un Agostino con un Ciappelletto. La *irredimibilità* della colpa repugnava bene alla legge divina: che non accetta come mezzo di lavacro un pentimento ispirato dal *desiderio di migliorare la nostra sorte terrena*, o dai tormenti del carcere, e dalla speranza di farli cessare col mostrarsi pentito. Ma la legge umana non può avere forza pratica frenatrice, se non si afferra tenace al principio della irredimibilità. Resa incerta cotesta, la legge è fatta gioco di artificiose speculazioni. Guai se la protezione dei rei si spinge al segno da far vedere nel delitto un mezzo di vincere l'avversità della fortuna!

Io non avverso il sistema penitenziario. Calunnierebbe le mie intenzioni chi ciò mi apponesse. Io lo encomio perchè toglie alla pena della *detenzione* la brutta macchia di essere, come lo fu pur troppo per tanti secoli, istrumento di corruzione, scuola di mal costume, occasione di perniciose alleanze. Io lo encomio perchè è dovere di ogni governo, e dirò di ogni cittadino, di promuovere la moralizzazione del popolo. Ma l'uomo si deve correggere col purificarne il cuore dagli affetti terreni; col sollevarne i pensieri a Dio; e facendolo rassegnato ai patimenti di quaggiù assuefarlo a guardare in questi un titolo di anticipata espiazione. Non si deve correggere col promettergli beni caduchi, o esenzione dai meritati castighi; e molto meno si deve preferire la sua emenda apparente, al reale pericolo della società.

La pena non può essere che una pena. Mite sì: giusta: ma adeguata *al passato;* e inamovibile per variare di fatti posteriori. La scienza penale non può cambiare la sua divisa; nè correndo dietro a seducenti illusioni, intramettere la protezione dei buoni per la mania d'educare i malvagi. Lo spettacolo di un delinquente corretto è edificante, è utilissimo alla pubblica morale: ne convengo. Ma un delin-

Digitized by Google

quente corretto a prezzo dello alleggerimento della pena meritata è un eccitamento a delinquere; è uno scandalo politico.

Io considero dunque la riforma del reo utilissima cosa, e da procacciarsi con ogni studio, ma fuori affatto del cerchio del magistero penale. Lo immischiarvela (oltre ciò che è *effetto naturale* della pena) pare alla mia mente una contradizione. *Punire* vuol dire recare un *male*. *Emendare, istruire, educare* vuol dire recare un *bene* grandissimo. Due forze distinte debbono all' aspetto di un delitto mettersi in movimento ed agire contemporanee sul delinquente. Forze diverse nel punto di loro partenza, e nella meta a cui tendono. La prima guarda il *delitto*, e vi scorge un disordine; e lo vuole inesorabilmente punito per ristabilire l' ordine che quel fatto ha turbato. La seconda guarda il *delinquente*, e vi scorge una creatura di Dio, traviata dal buon sentiero, e vuole ricondurvela. La prima si ispira al sentimento del pericolo sociale, e alla reverenza del giusto. La seconda si infiamma alle aspirazioni della carità verso i nostri simili. La società deve provvedere acciò queste due forze si svolgano ciascuna nella sua sfera di azione, senza urtarsi ed elidersi. Ma stringerle in una teoria; unificarle nel principio e nel fine; e porre in ambedue l' anima del magistero penale, come vorrebbe la nuova scuola *correzionalista*, pare alla mia tenuità repugnante.

Articolo II.

Condizioni *della pena derivanti dal suo* limite.

§. 646.

Dallo essere, per l' eterno precetto della legge di natura, subordinato il principio *positivo* della tutela

Digitized by Google

del diritto al criterio *negativo* o *limitativo* della giustizia, ne scaturisce spontanea la necessità di esigere nella pena le *condizioni* seguenti:

1.° Non deve essere *illegale:* cioè, non si irroga legittimamente se prima la legge non l' ha minacciata. Deve essere la legge, non l' uomo, che punisce. Vedasi la dottissima dissertazione di Königswarter *nullum delictum nulla poena sine praevia lege penali* — *Amstelodami* 1835.

§. 647.

2.° La pena non deve essere *aberrante.* La *personalità* della pena ne è condizione assoluta. Non vi è pretesto di utilità, e nemmeno ragione di difesa, che legittimi un male irrogato sotto sembianza di giustizia ad un innocente.

§. 648.

3.° Non deve essere *eccessiva* — cioè non deve esuberare la proporzione col male del delitto: ogni patimento che si irroghi al colpevole oltre il principio della *pena*, cioè di dare una sanzione al precetto proporzionalmente alla sua importanza giuridica; ed oltre al bisogno della *difesa*, cioè di elidere la forza morale oggettiva del delitto; è un abuso di forza, è una crudeltà illegittima. La *eccessività* della pena è viziosa anche sotto il rispetto politico, sì per l' influsso che esercita sui costumi; sì perchè eccita la pubblica antipatia; e per le dannosissime conseguenze di questa.

Digitized by Google

La legge è difficilmente obbedita quando non ha seco la simpatia delle coscienze. La pietà (1) opera il fenomeno che i buoni si uniscono coi malvagi ad eludere la giustizia; ed il suo trono è minato. Questa considerazione *politica* è per altro un di più. Poichè a proscrivere la *eccessività* delle pene, basta la sola ragione di giustizia, prescindendo da qualunque empirica considerazione.

(1) Perchè io non tremi allo spettacolo della pena, perchè io non pianga sulle sofferenze dell' accusato, bisogna che il delitto abbia fatto tremare e piangere l' innocente che ne fu vittima: allora la pietà per l' offeso soffoca la pietà per l' offensore. Questa verità che determina il criterio essenziale necessario ad un fatto perchè possa essere dichiarato delitto, determina per la logica dei correlativi il criterio misuratore della penalità.

§. 649.

4.° Non deve essere *disuguale*. Niente cioè deve guardare alla diversa posizione dei delinquenti, quando questa non altera la quantità del delitto.

§. 650.

5.° Deve essere *divisibile*, ossia frazionabile in guisa da rispondere al diverso grado della imputazione; la quale si modifica col modificarsi delle circostanze che accompagnano ciascuna delinquenza: nel che l' opera prudente del magistrato forza è che completi l' opera del legislatore.

Digitized by Google

§. 651.

6.º Deve essere, per quanto si può *riparabile;* perchè troppo è facile un errore giudiciario (1): e troppo ne sono fatali le conseguenze. La condanna di un innocente è un rovescio di idee: perchè lo strumento della giustizia si converte in un fattore di ingiustizia. Essa è una vera calamità sociale, per lo spavento che genera nei cittadini, maggiore assai di quello che nasca da molti delitti impuniti.

(1) Si sono avuti anche ai tempi nostri esempj dolorosi di innocenti condannati a capitale supplizio. Nella sola Francia è stata riconosciuta la innocenza di *Lesurques, Badger, Ravier, e Loizzerolles* tutti quattro guillottinati: di *Filippi, e Rosaria Dolce,* ai quali l'arbitrio benefico del tribunale avea commutata la pena di morte nella galera a vita. Di *Renosi* ed altri, condannati innocenti a pena temporaria. Tutti questi fatti attengono al presente secolo: e bisogna confessare che se per dieci innocenti riuscì casualmente ottenere la giustificazione, deve essere maggiore il numero di coloro che non ebbero altrettanta fortuna.

CAPITOLO VI.

Nozioni generali della qualità, quantità, *e* grado *nella pena.*

§. 652.

Abbiamo sin qui contemplato la pena nel suo genere: cioè in quelle condizioni essenziali che debbono,

Digitized by Google

con maggiore o minore prevalenza, esser comuni a tutte le pene. Ma come guardando il delitto nelle sue possibili specialità trovammo (§. 128 e segg.) potervi essere varietà importantissime di *qualità*, di *quantità*, e di *grado* tra fatto e fatto; così analoghe differenze troviamo adesso tra pena e pena. E come lo studio di queste tre nozioni completò la teoria del delitto; così lo esame della *qualità*, *quantità*, e *grado* nella pena, completa la teorica di questo secondo oggetto del giure penale.

§. 653.

Già notammo (§. 129) che le nozioni di *qualità*, e *quantità*, relative a diverse *specie* del medesimo *genere;* come pure la nozione di *grado*, relativa a diversi *individui* della medesima *specie;* nascono dal non essere fra specie e specie congeneri, nè tra individuo e individuo, perfetta identità. E notammo pure in che consistesse astrattamente la diversificante che si denota col nome di *qualità* (§. 130): in che la diversificante che designa la *quantità* (§. 132): in che consista quella che designa il *grado* (§. 138). Familiarizzati ormai con questi termini e con queste idee, non rimane che ad esaminare i diversi criterii coi quali siffatte nozioni si applicano alle pene.

§. 654.

La importanza di queste tre indagini nel delitto nasceva dal principio di giustizia; il quale esige che quando due reati si unifichino nel criterio della qualità,

Digitized by Google

della quantità, e del grado, debbano identificarsi nella loro imputazione (§. 145). La relativa importanza in ordine alle pene, nasce dallo stesso principio; il quale esige che come alle diversità di qualità, di quantità, o di grado nel delitto risponde una diversità di imputazione, così risponda un' adeguata diversità nella pena. Ma il *grado* della pena richiama inoltre a considerazioni sue proprie, che sono indipendenti dalle diversificanti del delitto, come tra poco mostreremo.

CAPITOLO VII.

Criterio della qualità *nelle pene.*

§. 655.

Anche nelle *pene* l' esame della *qualità* conduce alla loro *classazione.* Anche nelle pene l' *elemento particolare di rapporto* (§. 147) che costituisce il criterio del loro ordinamento, e che fra loro determina la diversa *qualità*, deve cercarsi nella loro *forza fisica;* che è quanto dire nella *diversità del bene* che la società toglie al delinquente al fine di punirlo.

§. 656.

Ora volendo ridurre a certe classi prominenti i beni del cui toglimento può la giustizia farsi strumento di punizione, apparisce completa la divisione delle pene in *quattro classi*, secondo che privano il delinquente o del bene della *vità*, o della integrità e libertà delle

Digitized by Google

membra, o dell' *onore*, o del *patrimonio pecuniario*. Dalle diversità essenziali di queste quattro specie di beni goduti dall' uomo, nasce la diversa *qualità* delle pene; e così la loro distribuzione in quattro grandi classi — *capitali* — *afflittive* — *infamanti* — *pecuniarie*.

§. 657.

Contro siffatta classazione si fece l' obietto di incompletezza, osservando che certe punizioni speciali usate da alcuni legislatori, non vi trovavano sede: a modo di esempio la interdizione di certi atti. Ma è facile riferire cotesti divieti alla classe delle umilianti, o delle pecuniarie, o delle afflittive; secondo che la negazione della facoltà porta solo un discredito al condannato, oppure gli arreca anche un detrimento patrimoniale, od un restringimento di libertà.

§. 658.

Questa classazione nei rapporti della *scienza* non richiama, se non accessoriamente, all' esame dei *modi pratici* di irrogare coteste diverse pene. Il suo scopo è di *definire* le classi, ed esaminare di ciascuna o la *legittimità*, o la *convenienza*.

1.°

Pene capitali.

§. 659.

Pene *capitali* sono quelle che privano il delinquente della *vita*.

Digitized by Google

§. 660.

La indagine filosofica sul diritto nella società di spingere la punizione fino a dare morte al colpevole, non conducendo a guardare empiricamente l' utilità di tal pena, ma a trovare il principio questionato della sua legittimità; non può non dipendere dalla soluzione del problema preambulo sulla genesi razionale del diritto di punire.

§. 661.

Accettando noi, sulle orme del Niccolini, come fondamento di questo diritto la legge di natura (§. 604), ci troviamo alla conseguenza di negare la potestà di uccidere; perchè la legge di natura è legge essenzialmente *conservatrice*. A questo sommo principio si ispira cotesta legge e vi aderisce costantemente, tranne i casi in cui la conservazione di un essere sia *attualmente incompatibile* con la conservazione di altri esseri uguali: nel qual caso la legge che permette la distruzione, non contraria ma conferma il principio conservatore. Ora da cotesto sommo principio sembra a noi doversene dedurre che la legge conservatrice non permetta la distruzione di un uomo, quando la *necessità presente* della difesa degli altri uomini non esige cotesto sacrifizio. Condotta la disputa a questo punto, la legittimità della pena di morte non è più oggi sostenibile. Perchè le condizioni *attuali* dei popoli culti non fanno più (nelle delinquenze *ordinarie*, e nei tempi normali degli Stati) della uccisione del

Digitized by Google

nemico sociale una *necessità materiale*. E i termini di una *necessità morale* presente, fondata sulla idea di punir uno per intimorire gli altri, possono per il supplizio capitale affermarsi, ma non mai dimostrarsi in modo da non lasciare possibilità in contrario. Nel caso del perduelle la morte che gli s' infligga nella permanenza della guerra civile, non più si giustifica coi precetti del giure penale, ma con quelli dello *jus belli*. Ed anche in questo caso la uccisione del vinto non trova la sua ultima ragione che nei timori del vincitore, e nella coscienza della propria debolezza.

Dopo Beccaria la pena di morte è stata combattuta da Malanima, Brissot, Lucas, Pastoret, Livingston, Carmignani, Ducptetiaux, Puccioni, Perez de Molina (1), Ellero, ed altri molti. La sua necessità si è sostenuta fra i moderni da Ulloa, Vanghert, Bensa, Silvela, Trebutien, e in generale dai criminalisti francesi.

(1) Molto diffusamente nel libro intolato *La sociedad y el patibulo Madrid* 1854. Vedasi il recente scritto di Mittermaier su questo argomento intitolato *la pena di morte considerata nella scienza, nell' esperienza e nelle legislazioni:* la cui traduzione fu pubblicata a mia cura coi tipi Cheli in Lucca 1864.

§. 662.

Ove sia ammessa la pena di morte; due regole dominano la sua applicazione — 1.° che deve essere inflitta in quel modo che *meno faccia soffrire* il pa-

Digitized by Google

ziente: lo che richiama ad una questione *fisiologica* — 2.° che non sia irrogata alla presenza del popolo, perchè l' aspetto del sangue inferocisce gli animi: al principio della *pubblicità* può supplirsi con la *notorietà*, senza chiamare il popolo allo spettacolo del macello umano. Gli antichi non si contentarono di uccidere il reo: vollero anche martorizzarlo. Non avrebbe fine la descrizione dei diversi modi (1) inventati per questo supplizio: frutto dell' errato pensiero, che lo scopo della pena fosse la intimidazione (2), e che i popoli si dovessero guidare col terrore.

(1) In Francia per esempio si ebbero cinque modi diversi di uccidere il condannato — 1.° Il *fuoco* per la lesa maestà divina — 2.° Lo *squarcio* a quattro cavalli per certi casi di lesa maestà umana. — 3.° La *decollazione* pei delitti comuni se il condannato era nobile. — 4.° La *forca* se era plebeo. — 5.° La *ruota* pei furti violenti alla strada pubblica. Vedasi la erudita dissertazione di Van Kasselt *de carnifice:* e quanto alla origine del supplizio della ruota tanto esteso negli ultimi secoli è a vedersi Langlaeus *semestrium lib.* 10, *cap.* 3.

(2) Taluno calcando le orme insidiose del Filangieri obiettò che come per legge naturale tutti i diritti *originarii*, o *connati*, sono inalienabili, così tanto urtava nella legge naturale la pena di morte, quanto tutte le pene afflittive. Ma fra caso, e caso vi è differenza. I diritti originarii dell' uomo sono inalienabili finchè la loro distrazione faccia venir meno la personalità umana. Quindi se non possono alienarsi in modo *assoluto;* può però distrarsene una parte ove il diritto ne sia suscettibile (Zeiller *jus naturae* §. 49 — Haus *doctrina juris philosophica* §. 71, 73). Così non può alienarsi la libertà perchè ciò ridurrebbe l' uomo a cessare di esser uomo, spogliandolo di un attributo indispen-

Digitized by Google

sabile alla sua personalità. Ma può alienarsene una parte; e tutta la teoria della efficacia delle obbligazioni personali nel diritto naturale è fondata su questo principio; che appunto l' uomo vincolandosi con una obbligazione verso l' altro uomo trasferisce in questo la relativa porzione della sua libertà. Ora ciò che l' uomo può fare col *patto*, lo può fare col *fatto:* ciò che per la legge si ammette come conseguenza di una esplicita convenzione, può essere conseguenza di un fatto che per legge porti al medesimo effetto. Sono validi per legge naturale i voti monastici, il matrimonio, e simili. Così non repugna alla legge naturale, che un uomo col violare la legge del diritto si astringa a perdere, anche per tutta la vita, una porzione della sua libertà; perchè non cessa di essere persona. Ma repugna alla legge naturale che volontariamente tolga a sè la vita; o si obblighi sì espressamente che tacitamente a perderla; perchè con ciò distrugge la sua personalità, non potendo la vita alienarsi in parte. Ecco perchè io dico (§. 661) che alla legge naturale repugna la pena di morte, e non repugnano le pene afflittive. Il rimprovero di *controprovare* che si è voluto fare al mio ragionamento, accusandolo di distruggere tutte le penalità, non ha base. Perchè con le pene afflittive l' uomo non si fa cessare di esser persona, come avverrebbe se si rendesse schiavo, e così distruggibile a talento del padrone. La pena afflittiva restringe la libertà e impedisce certi atti. Ma la libertà resta nel condannato come diritto formale, quantunque limitata nell'obietto; e l' attua, salva la restrizione che ha incorso col violare la legge. Egli conserva la libertà di coscienza, la libera manifestazione dei suoi pensieri, la libertà dei suoi moti entro la cella. In una parola è sempre uomo, nè la sua personalità è cessata. Tanto è vero che può nuovamente delinquere. Tutta questa teoria dipende da un sommo principio. Decidere se l' uomo ha un *fine* nella vita e *quale*. Chi neghi questo fine, o (come Spinosa) trovi il fine della vita nella felicità materiale, condotto per tal guisa a materializzare il bene morale, cade nella perniciosa dottrina della *utilità*. È fa-

Digitized by Google

cile allora nella *conservazione* della cosa pubblica fare il passo ulteriore, e stabilire che la felicità dei più debba preferirsi alla felicità dell' uno: donde scaturisce il fatale *salus publica suprema lex esto*. Ma è egualmente facile l' altro passo che porta a concedere all' uomo infelice la facoltà di disporre della propria vita. Se però il fine dell' uomo si riconosce nel suo indefinito perfezionamento, questo fine *assoluto*, per il quale l' ordine particolare imposto all' uomo dalla legge di sua natura si concatena coll' ordine universale, porta necessariamente a negare all' uomo la disponibilità di quei diritti che sono indispensabili alla sua personalità. Se la legge eterna ha detto all' uomo — tu non puoi volontariamente cessare di essere persona — questa stessa legge, per essere logica, deve aver detto alla società (che altro non è se non uno strumento coordinato alla tutela della legge giuridica) — tu non potrai, per qualunque suo fatto, sottoporre l' uomo ad una pena, che distrugga la sua personalità: tu non puoi ridurre l' uomo alla condizione di cosa. — O bisogna negare una legge morale, assoluta, immutabile, che dal momento della sua creazione sovrasti alla umanità; legge che non fu negata neppure dai pagani, sebbene la intendessero a modo loro; o ammessa una suprema legge morale, bisogna dedurne una suprema legge giuridica: e di qui la inalienabilità per fatto nostro, e la indistruttibilità per fatto altrui, della umana personalità. Se si ammettesse nella mente del Creatore il concetto della libera distruttibilità della propria vita nell' uomo, si supporrebbe un concetto contradittorio. Creazione di una mano di esseri destinati ad un fine, e facoltà in tutti codesti esseri di distruggersi e così rendere impossibile quel fine deludendo i disegni provvidenziali, implica contradizione.

Digitized by Google

2.°

Pene afflittive.

§. 663.

Pene *afflittive* diconsi quelle, che affliggono *fisicamente* il colpevole, senza giungere a torgli la vita.

§. 664.

Le pene *afflittive* possono essere o *dirette (positive)*, o *indirette (negative)*.

§. 665.

Pene afflittive *dirette*, o *positive*, sono quelle nelle quali al paziente si reca un dolore con la *mano* dell' *uomo*. Sono *indirette*, o *negative*, quelle nelle quali al condannato è in una qualunque guisa impedito l'esercizio della naturale libertà del suo corpo. Quelle che noi chiamiamo pene *afflittive dirette* o *positive*, altri (fra i quali l' esimio sig. Ambrosoli) vorrebbero denominarle pene *corporali*. Ma è desso cotesto termine sufficiente al bisogno? Io credo che no. Perchè in ogni distinzione il nome dato ad una specie richiama naturalmente un contrapposto di nome alla specie contrapposta. Onde se le pene afflittive dirette si chiamassero pene *corporali*, come per esempio il marchio, e le battiture, bisognerebbe chiamare pene non *cor-*

Digitized by Google

porali le pene afflittive indirette, come la carcere e l' esilio. Ma una specie di pene non *afflittive di corpo* posta come membro di una categoria di pene *afflittive di corpo* mi sembra una contradizione. Quindi io mi attengo alla nomenclatura del mio maestro. Più esatto invero sarebbe a mio credere che si dividessero radicalmente quelle che Carmignani chiama pene afflittive di corpo in due classi distinte; cioè dicendo *afflittive* quelle che ledono la integrità personale, o recano al corpò diretto dolore, e *restrittive* quelle che soltanto limitano lo esercizio della personale libertà. In tal guisa le pene non più si dividerebbero in quattro ma in cinque categorie.

§. 666.

Le afflittive *positive* possono essere o *indelebili*, o *delebili*. Sono *indelebili* quelle che lasciano una traccia permanente sul corpo, come il *marchio* e la *mutilazione*. Sono *delebili* le altre che non lasciano tale risultato, come la *fustigazione* (1), le *catene* ec.

(1) Il celebre *knout* usato in Russia non era altro (quando si adoperava non come tortura, ma come pena), che un modo particolare di fustigazione resa più terribile per la forma speciale del flagello di cuojo che diede il suo nome a questo atrocissimo supplizio. Cotesta pena antichissima presso i Tartari fu introdotta per la prima volta in Russia nell' anno 1450 sotto Basilio il cieco Principe di Mosca. Ma anche dopo la liberazione della Russia dal giogo dei Tartari operata nel 1481 da Ivan Vassilievitch la pena del *knout* fu mantenuta; e trovasi nel codice pubblicato da codesto Principe nell' anno 1497.

Digitized by Google

§. 667.

Le pene afflittive *indelebili* sono da riprovarsi come degradanti la dignità umana; e per la loro *perpetuità*, che le rende ostative alla emenda del reo (1).

(1) Le pene indelebili si dettavano un tempo con molta predilezione più specialmente nell' Oriente, dove tuttavia si mantengono. Ma non era unico il concetto al quale ispiravasi codesta predilezione. Piuttosto che per ossequio alla vera idea di pena si scelsero certi modi come utile mezzo di impedire al colpevole il ritorno alla stessa delinquenza: e ciò con veduta una seconda volta biforme, o per designare il colpevole ai suoi concittadini affinchè *potessero guardarsene*, come usarono i Romani avverso i calunniatori; o per togliere al reo la potenza di ripetere quel delitto, come il taglio della mano ai falsari, il taglio del piede ai ladri, e simili. Da ciò nacque che il bollo s' irrogasse con imprimere una lettera dell' alfabeto indelebilmente sul corpo del reo, la quale appunto richiamasse la iniziale del reato commesso, o della pena subita; onde il Pancirolo (*thesaurus variarum lectionum cap.* 241) ricorda che i bollati in tal guisa si appellavano *homines literati* (Henkart *dissertatio de stigmate*) e che il membro reciso fosse appunto quello che meglio poteva soccorrere al delitto: Crell *dissertationes fascic.* 2, *dissert.* 6, *cap.* 2, *pag.* 91. *de jure manuum in foro criminali.*

§. 668.

Le principali pene *afflittive negative* sono la *detenzione*, e l' *esilio*. Alle medesime riferirei pure la *vigilanza della polizia* se questa potesse veramente guardarsi come pena (1). Ma in lei prevale la idea

Digitized by Google

della prevenzione esercitata come misura di buon governo: e sebbene molti codici la noverino fra le pene perchè trovano conveniente che in certi casi debba decretarsi dal tribunale, pure scientificamente guardata non so persuadermi che sia veramente una pena nel senso filosofico di questa parola. Infatti la misura di questa coercizione si ragiona praticamente sulla malvagità *individuale* o vera o presunta del *colpevole,* lo che esce dai criterii ordinarii della punizione e rientra nelle considerazioni di polizia. Così la pensarono anche i compilatori del codice Jonio, ricco d'altronde di bellissime idee. Questo codice descrive una classe speciale di sanzioni da irrogarsi dai tribunali come affatto estranee alle vere pene: e le designa (art. 68 e segg.) così — *misure di precauzione dirette a prevenire i reati, le quali possono adottarsi dalla giustizia punitiva:* e quivi enumera l'allontanamento, la malleveria, la sottoposizione alla sorveglianza speciale, e la espulsione dallo stato dei condannati stranieri. Con ciò mostrarono quei legislatori che senza niente perdere nelle guarentigie sociali si può fare un codice penale che risponda alla esattezza del linguaggio ed ai dettati della scienza. Neppure è a parlarsi della morte civile come pena *consequenziale,* perchè dalla civiltà combattuta ed ormai universalmente rejetta dopo che venne definitivamente abolita anche in Francia col Decreto del 31 maggio 1854. Neppure novero fra le pene restrittive la *interdizione di arti e mestieri,* perchè pena assolutamente inaccettabile. Scrisse non ha guari il Consigliere Cuniac che questa pena repugnerebbe ai costumi Francesi: io dico che repugna

Digitized by Google

ai costumi di tutti i popoli civili, e spero di essere riuscito a farla cancellare dal nuovo Progetto di codice penale Italiano.

(1) Vedasi lo scritto di Emilio Brusa intitolato *della sorveglianza speciale;* e la memoria di Auzies inserita negli *Annali dell' accademia di Legislazione di Tolosa anno* 1864, *vol.* 13, *pag.* 355; e lo scritto dell' illustre Molinier ivi pure inserito a *pag.* 271.

§. 669.

La *detenzione* (1) comprende qualunque modo di punizione con cui si priva il delinquente della sua libertà, col chiuderlo per un determinato tempo in un ricovero a ciò destinato.

(1) Sulle diverse forme di detenzione appo i vari popoli possono consultarsi Van Tuyll *de poena ergastuli apud Belgas origine et modo.* In Francia fino al Codice del 1791 la detenzione non si considerò come *pena* ma soltanto come *mezzo* di assicurarsi dei colpevoli: Desportes *Réforme des prisons pag.* 8; ove trovasi la storia contemporanea del sistema penitenziario in Francia: Lucas *du système pénitentiaire en Europe et aux États Unis* — Vasselot *examen des diverses théories pénitentiaires* — Silvela *necessitad de la pena capital cap.* 13 — Van der Brugghen *Etudes sur le système pénitentiaire Irlandais.*

§. 670.

Col nome di *detenzione* si esprimono dunque tutte le forme congeneri di punizione, consistenti nel chiu-

Digitized by Google

dere il reo in un luogo di pena: alle quali si dà il nome speciale dal nome dato al ricovero; che secondo le sue varietà dicesi *prigione, carcere, casa di forza, casa di disciplina, casa di correzione, ergastolo, galera*, e simili. Tali varietà di nome non hanno un senso determinato che possa offrirne una nozione costante. Quel nome che in alcune legislazioni esprime la detenzione *più grave*, in altre designa la detenzione *più leggera*. Ciò dipende dai gius costituiti, giacchè i nomi non possono rappresentare un principio assoluto.

§. 671.

Circa la detenzione si revocò un tempo in questione il diritto nella società di irrogarla *in perpetuo*: ma senza plausibile fondamento. La scuola *correzionalista* tenta oggi riprodurre cotesta opinione sotto forma diversa. Questa scuola però, malgrado le sue esagerazioni ha recato di grandi benefizi allargando il sistema penitenziario (1). È parimente da notarsi che gli *arresti in casa*, quantunque abbandonati da molte legislazioni, possono riuscire utilissimi come infima pena afflittiva. Non dovrebbe tralasciarsi mai nessuno degli strumenti che possono servire a proporzionare ai diversi gradi della imputazione un diverso grado di repressione. E poichè ad un infimo grado di responsabilità può adattarsi un infimo grado di restrizione della libertà personale (che, per quanto infimo, può essere sentito più della multa) non è razionale disprezzarlo.

(1) In ordine alla storia del sistema penitenziario vedasi l'opera di Marquet-Vasselot, e ciò che ne dice nel

Digitized by Google

suo corso Ortolan a *pag.* 668. Circa gl' inconvenienti della *galera* vedasi Alauzet *Essai sur les peines, chap.* 4.

§. 672.

L' *esilio* (1) in senso *generale* comprende tanto l' *esilio propriamente detto*, quanto la *relegazione*, o *confino.*

(1) Serooskerken *de poena exsilii.*

§. 673.

L' *esilio* (1) *in senso proprio* è l' allontanamento del delinquente DA *un determinato luogo*, che solo gli è interdetto; con piena libertà a lui di recarsi ovunque altrove gli piaccia. Alcuni moderni Codici hanno tolto l' equivoco nascente dai due sensi della parola *esilio*, chiamando l' esilio particolare *interdizione di luoghi.*

(1) Sulle tre specie di esilio appo i Romani, ricordati da Marciano *in leg.* 5 *ff. de interdict. et releg.* disputano gli eruditi; vedasi Ermanno Cannegieter *observ. lib.* 1, *cap.* 8.

§. 674.

La *relegazione* consiste nell' imporre al reo la dimora IN *un determinato territorio*, con interdizione a lui di recarsi in qualunque altra parte del globo.

Digitized by Google

§. 675.

Ambedue queste pene non ammettono *costringimento fisico.* Tutta la coazione sta nel precetto. Di qui la necessità di aggiungere al precetto una sanzione speciale costituendo un titolo di malefizio di pura creazione politica nel reato di *inosservanza di pena.*

§. 676.

Quando l' esilio consiste nella espulsione da *tutto* il territorio dello Stato dicesi *bando.* Quando la relegazione è in un luogo oltre mare dicesi *deportazione* (1).

(1) Sulle diverse forme della deportazione romana vedasi Van Vryhoff *observationes cap.* 25, *pag.* 125 — Van de Water *observationes cap.* 7, *pag.* 288 — Van West *de poena deportationis pars* 1, *pag.* 10 — Zigler *disceptationes selectæ, thema* 48, §. 46; e sulla convenienza attuale di questa pena Rubechi *della deportazione.*

§. 677.

Tutte le pene afflittive *negativamente tali* hanno a comune i seguenti caratteri di prestanza politica:

1.° La *graduabilità;* che è immensa tanto nella *durata,* quanto nella *intensità.*

2.° La *reparabilità.*

§. 678.

Ma la *detenzione* comparativamente all' *esilio* ha ulteriori caratteri di convenienza nei seguenti rapporti,

Digitized by Google

che l' esilio non offre; e pei quali anzi è l' esilio difettosissimo.

§. 679.

Prevale infatti la detenzione e difetta l' esilio, sotto il rapporto:

1.° della *forza fisica obiettiva*, perchè l' esilio è disugualmente *sentito*, e forse *niente sentito* da certi delinquenti (1):

2.° della *forza morale obiettiva;* perchè l' esilio manca di *esemplarità:*

3.° della *moralità* pubblica; a cui la pena deve sempre guardarsi dall' avversare. L' esilio demoralizza. La carcere offre la opportunità al buon governo ed alle associazioni private di esercitarsi alla emenda del reo. Scopo utilissimo e santo, al quale il giure penale deve tenersi estraneo, ma non frapporre impedimenti, ed anzi prestargli favore, per quanto è compatibile con la essenzialità della pena.

(1) È notevole una disposizione della Carolina: ove all' art. 161 invece di esiliare i rei di secondo furto, o relegarli altrove, si condannano a vivere in perpetuo nel luogo *dove avevano rubato.* Questa sanzione procede più che da una veduta di affliggere il colpevole, da una veduta di rendere più difficile ai ladri la ripetizione del malefizio. Sotto questo aspetto in tale provvedimento vi era più filosofia che nell' esilio.

§. 680.

Per tali motivi la detenzione con *separazione cellulare* dei condannati va oggi allargandosi in tutti i

Digitized by Google

paesi civili: persuadendo la ragione, e mostrando la esperienza, che la *promiscuità* dei detenuti è fomite di corruzione.

§. 681.

Ugualmente per tali motivi le moderne legislazioni hanno moderato l' abuso che in addietro (per la prevalente veduta della economia pecuniaria) fecesi dello *esilio;* e sono venute ad applicarlo soltanto a certe mancanze che non rivelano decisa proclività al male.

§. 682.

Nel graduare la pena della detenzione è specialmente da esaminarsi la grave questione, se sotto il duplice rapporto della sensibilità del reo, e della opinione pubblica (e così sotto il rapporto della forza obiettiva, tanto fisica quanto morale, della pena) la considerazione della *intensità* superi la efficienza della *durata*. Questo problema non è stato sciolto a dovere da certi codici moderni.

3.º

Pene infamanti.

§. 683.

Pene *infamanti* (1) sono quelle che feriscono il delinquente nel patrimonio dell' *onore*. Ma poichè la natura stessa della delinquenza o della punizione può operare l' effetto di macchiare la fama del reo come conseguenza spontanea di sè medesima; così è da av-

Digitized by Google

vertirsi che pena *infamante* dicesi soltanto quella in cui la infamia è irrogata per una *formale dichiarazione della legge.*

(1) Sulle pene infamanti dissertarono più specialmente Woltaer *observationum vol.* 1, *observ.* 22 — Gellerk e *de infamia* — Van Geuns *de infamia* — Hepp *de la note d' infamie en droit Romain* — Richter *de natura et indole infamiæ mediatæ.* Vedasi ciò che scrisse Pacheco *el codigo penal comentado vol.* 1, *pag.* 320 *e seg.* e Bonneville *l'amelioration de la loi criminelle tom.* 2, *pag.* 433.

§. 684.

Distinguesi infatti la *infamia di fatto* (o dell' opinione) dalla *infamia di diritto* (o della legge): secondochè il disonore si infligge o *ex judicio hominum*, o *ex legis sanctione.* La prima fu da Ulpiano detta *naturalis*, la seconda *civilis.* La prima, come avverte Woltaer, comincia dal giorno del delitto; la seconda dal giorno della sentenza. In antico la infamia civile si irrogava con la espulsione da certe corporazioni. Poscia venne in uso si decretasse espressamente: e prevalsero due modi diversi d' irrogarla: — 1.° con *decreto* di giudice che dichiarasse infame il reo — 2.° accompagnando il decreto con una manifestazione *materiale;* per esempio la gogna, la mutazione delle vesti, la equitazione sull' asino (1).

(1) Donello censurò la distinzione tra infamia di *fatto*, e di *diritto.* Ma bene lo confutò Amaya *in Cod. de infam. thes.* 11 — Bachovius *ad* Treutlerum *thes.* 4.

Digitized by Google

§. 685.

Ma fu bene avvertito che l' irrogare la infamia per disposizione di legge è superfluità, se già il delitto trae seco la infamia di fatto; od è un conato impotente della legge, che ricade a sua derisione, se la opinione pubblica non vi risponde: perchè il patrimonio dell' onore non esiste che nelle menti dei nostri simili; e la legge può comandare ai corpi, non alla opinione.

§. 686.

D' altronde fu osservato che le pene infamanti avevano il difetto di essere

1.° *aberranti*,

2.° *disugualmente sentite*,

3.° *perpetue*; checchè sognasse il Bentham di una infamia graduabile a piacimento nella intensità e nella durata, col suo singolare paragone delle macchie in un panno. In *fatto* vi è certamente una indefinita gradazione nella perdita dell' onore, a causa del maggiore o minore aborrimento che spiega la pubblica opinione contro i diversi fatti disonoranti. Ma questa gradazione non si può comandare dalla legge, nè delimitarsi in modo esatto ed efficace.

4.° distruttive della dignità umana, e così *ostative* alla *emenda*.

§. 687.

Per queste ragioni, malgrado le declamazioni di Filangieri, prevalse nella scienza moderna la idea

Digitized by Google

che rigetta la infamia, come dannosa od inutile, dall' armamentario penale. Salvo a conservare come appendice di certe pene quella *umiliazione* che è redimibile, e che lungi dall' essere offensiva alla dignità umana, esprime anzi la obbedienza ad un dovere per parte di chi ha mancato: e salvo il disonore *consequenziale*, che porta seco la perdita di certe dignità, o di certi ufficii. Sicchè questa terza classe di pene, benchè per ossequio al metodo universale dei criminalisti continui a designarsi sotto il nome di pene infamanti, male conserva questo nome; essendo antilogico che si crei una classe speciale di pene che poi si conclude non dovervi essere. Pure una *classe speciale* di quelle pene che non affliggono nè il corpo, nè la crumena, o sotto il nome di pene *umilianti* o sotto altro nome è necessità mantenerla. Io volentieri avrei dato a questa classe il nome di *pene morali*, se non avessi temuto di apparir novatore; e se non avessi ravvisato poco esatta la denominazione di *morali*, tranne per figura di antonomasia; dovendo essere comune a tutte le pene un effetto morale anche sul delinquente. In questa classe dovrebbero trovar sede — l' *ammonizione* (la storia e la utilità della qual pena fu testè rilevata dal Consiglier Bonneville in un eccellente scritto) — la *nota censoria* — *il biasimo* — la *interdizione* di certe onorificenze; ed altre simili. Ma ciò che non ho osato di fare io, lo farà altri per certo; poichè lo esige lo svolgimento rapidissimo che ha preso nei tempi nostri la scienza. La classe delle pene infamanti apparterrà tra breve alla storia.

Digitized by Google

4.°

Pene pecuniarie.

§. 688.

Dicesi pena *pecuniaria* qualunque diminuzione delle nostre ricchezze sancita dalla legge come punizione di un delitto. È nella indole di questa pena che la parte di patrimonio ritolta al colpevole si addica allo Stato. Ove fosse altrimenti si avrebbe una ragione di *indennità*, piuttosto che di *castigo*. Ma è *morale* che lo Stato destini il prodotto delle ammende ad opere pie. La legge in pena del delitto può togliere al delinquente o *tutto* il patrimonio; e la pena prende il nome di *confisca:* o soltanto *una parte;* e prende il nome di *ammenda* o *multa* secondo i casi. Questa forma di penalità vuol essere studiata *storicamente*, *giuridicamente*, *politicamente*.

§. 689.

Nel rapporto *storico* troviamo che la pena pecuniaria ha sofferto notevoli tramutamenti. Troviamo le pene pecuniarie anche nelle leggi mosaiche, inflitte con la condanna al pagamento di denaro presso quel popolo che fu il primo inventore della pecunia numerata. Le troviamo nelle tradizioni di altri popoli anche nei secoli posteriori mantenute colla condanna al pagamento di pecore e buoi, o di altri oggetti; e in qualche luogo persino di mattoni (1): sotto la prima forma per la non anco invalsa costumanza della moneta; sotto la se-

Digitized by Google

conda per lo speciale bisogno che sentivano certe città di circondarsi di mura. E in cotesti popoli scorgiamo che siffatte condanne ebbero il vero carattere di *pena*. Ma con ben differente carattere le troviamo nelle tradizioni dei popoli germanici, e nelle loro consuetudini: le quali, prevalute fino al secolo sesto dell' era cristiana, continuarono presso alcune di quelle genti, e si protrassero fino al secolo decimoterzo, ed anche oltre. Mentre apparisce che codesti popoli per un lungo periodo tutti i reati punissero di pene pecuniarie, è un fatto però che non conobbero mai questa pena come pena. Perchè quelle somme che un delinquente pagava all' offeso erano il prezzo della pace; ossia della renunzia che il leso o la sua famiglia facevano del preteso diritto di vendicarsi. E la somma che i delinquenti pagavano ai capi della tribù sotto il nome di *fredum*, era una retribuzione che il delinquente dava al capo (qualunque si fosse) della nazione, per la protezione che gli aveva accordato contro la vendetta dell' offeso. Avvegnachè (come bene osservò Henke) sia singolare che appo codesti popoli per molti e molti secoli l' autorità non difese i privati contro i delinquenti, ma i delinquenti contro i privati offesi, affinchè non esercitassero esorbitanti vendette. Laonde tutti cotesti pagamenti non s' infliggevano nel vero concetto di *pena*. Il *weregeld* (2) dato agli offesi era un' *indennità:* il *fredum* una sportula. Quando poscia lo studio risorto delle leggi romane rendette viva energia alle tradizioni di quell' impero, si condussero in voga altre idee: e i capi delle nazioni cercarono nelle costituzioni imperiali il testo di una supremazia più potente. Si senti

Digitized by Google

allora il bisogno di un riordinamento delle leggi criminali. Così avvenne che le ordinanze di Francesco in Francia, e la costituzione di Carlo V in Germania, che fu detta la Nemesi Carolina, non meno che altri Statuti nel secolo decimosesto (con vicenda uguale a quella che si è veduta nel presente) fecero sorgere una codicizzazione penale per tutta Europa. Questi nuovi ordini, mentre dileguarono gli antichi errori e le confusioni che regnavano nel diritto penale, costituirono un sistema crudelissimo (3) di punizioni. La ragione di ciò si trova evidente nell'aver tolto la maestà a fondamento del giure punitivo. La Carolina nettamente pone come sua base il principio che i sovrani debbono punire i delitti perchè Dio ha dato loro la missione di vendicare le offese a lui fatte. Con tali premesse dovevano bene scomparire le pene pecuniarie. E di fatto noi le troviamo ristrette soltanto ai piccoli furti, o a lievi mancanze. Non così però la confisca; la quale si tenne cara in certi delitti, e specialmente nei politici, come mezzo di dar forza e ricchezza ad un partito e di opprimere ed indebolire l' altro. Dopochè i progressi dei lumi ebbero nella materia punitiva eccitato quella universale commozione che dette origine ad una nuova scienza; mentre vennero gradatamente a cessare i modi atroci delle precedenti punizioni, che avevano fatto così trista prova della loro insufficienza, si ripresero in esame dai pensatori le pene pecuniarie sotto il loro rapporto *giuridico* e *politico*.

(1) Nel libro intitolato *Cenni sul Fôro Bolognese* alla *pag.* 96, e seguenti dell' *Appendice*, si trova per via di

Digitized by Google

molti documenti chiarito, che anche la città di Bologna conservava fino nel secolo decimosesto la consuetudine di infliggere il pagamento delle multe in certi generi speciali, per esempio armi, e simili. Nel seguito poi, prevalso il metodo d' indire le multe in denaro, si conservò generalmente il sistema di stornare per certi speciali delitti il pagamento delle multe che di regola facevasi al fisco, e destinarlo a certe opere speciali. Così nel libro suddetto ricordasi, che il Collegio degli Ungari in Bologna destinato ad attrarre la gioventù tedesca agli studi legali in quella Università fu eretto col prodotto delle multe che un Decreto del 15 luglio 1580 ordinava doversi pagare ai Rappresentanti della Nazione Germanica pel fine di tale fondazione.

(2) Sulla storia del *Weregeld* appo i popoli barbari vedasi Savigny *Histoire du droit tom.* 1, *cap.* 3. Nel sistema barbarico il *Weregeld* si proporzionò sempre al danno recato. La idea di proporzionare la pena pecuniaria al patrimonio del delinquente si è novellamente carezzata da Bonneville *de l' amelioration vol.* 2, *pag.* 249. L' art. 75 del codice Spagnuolo del 1848 espressamente le volle proporzionate alla fortuna del delinquente, e Waldeson lo elogiò. La disposizione del codice Austriaco che ordina doversi sostituire la carcere col digiuno alla pena pecuniaria quando l' accusato sia in così strette finanze che il pagamento della multa farebbe languire la famiglia è tutt' altro che nuova; trovasi un identico provvedimento in una ordinanza del Wurtemberg dell' anno 1567.

(3) Fra questi il più crudele di tutti fu quello di Francia.

§. 690.

Sotto il punto di vista *giuridico* cercasi se la pena pecuniaria sia *giusta*. E qui non può cader dubbio circa l' *ammenda*, o *multa:* bensì circa la *confisca*. La *confisca* totale del patrimonio del condannato fu oggetto

Digitized by Google

delle invettive di Beccaria. E malgrado la sofistica difesa che tentò farne il Cremani (nè pur troppo fu solo ed ultimo) venne generalmente riprovata. Non si accordarono però i suoi avversarii sulla ragione (1) per cui dovesse respingersi codesta pena. Kleinschrod pretese di sostenerla *giusta;* ma la riprovò come *inumana.* De Broglie la riprovò come *impolitica,* perchè alletta l' avidità dei partiti, e perpetua gli sdegni cittadini. Ma può bene farsi omaggio a tutte queste ulteriori ragioni; e dirsi con Carmignani e con Rossi, che la confisca dei beni del condannato non solo è impolitica ed inumana, ma eziandio è ingiusta, perchè pecca di *aberrazione* in quanto colpisce i figli innocenti più che il colpevole. La legge che l' ammette mentre in caso di prodigalità interdice il padre per serbare i beni alla famiglia, è contradittoria seco medesima. Si volle conservare in Francia nel codice del 1810, che Napoleone dettò senza avere il coraggio di dargli il suo nome. Ma la Carta del 1814 l' abolì là, come in Olanda ed altrove; ed è stata reietta da tutti i migliori codici contemporanei delle culte nazioni.

(1) La diversità del modo di ragionare le accuse contro la confisca dipende dal diverso principio che si assume a base del diritto di proprietà, del diritto di successione, e della società di famiglia. Se si nega la proprietà in diritto naturale, lo Stato che l' ha data non ha scrupoli nel ritorla: se si nega il diritto di successione limitandolo ai soli bisogni, e se negasi ogni condominio nella società di famiglia, niente avvi che impedisca di spogliare i figliuoli. Nelle dottrine giuridiche i principii formano tra loro una perpetua catena. Sulle pene aberranti e sulla confisca disser-

Digitized by Google

tarono in vario senso Boehmero *Exercitatio de poena sine crimine; in ejus exercitationes, Exercitat.* 101 — Crell *dissertatio* 13, *pag.* 416 *de bonis eorum qui ante sententiam sibi mortem consciverunt* — Van Limburg *de confiscatione bonorum apud Romanos.*

§. 691.

Sotto il punto di vista *politico* si osservò che le pene pecuniarie sono *inefficaci* rimpetto a delitti che muovono da impetuose passioni; solo può utilmente farsene uso nei reati che provengono da avarizia (1), purchè si proporzionino all' utile sperato dal delitto, ed abbiasi la cautela di congiungerle alle pene afflittive. Ciò per evitare il caso che non siano sentite; lo che avviene o per la grande ricchezza, o per la estrema povertà del colpevole. Caterina II ordinò nel suo codice che le pene pecuniarie si mutassero ogni trenta anni; per la probabile variazione della pubblica ricchezza. Ma cotesti dettati sono inutili oggi: poichè fare un codice penale destinato a durare, è una presunzione che da nessuno si ostenta. Solo deve avvertirsi che le multe non possono dettarsi uguali nelle varie provincie, tra le quali interceda diversità notabile nello stato economico. Per tali riguardi ella è cosa piena di difficoltà determinare il criterio della distribuzione delle multe in una legge: e d' altronde non può ammettersi che se ne rilasci la quantità all' arbitrio illimitato del giudice (2).

(1) Nel furto è peraltro problematica la loro convenienza. Raramente chi ruba ha sostanze donde possa recupe-

Digitized by Google

rarsi la multa. E quando abbia qualche assegnamento, fu osservato che la legge col privarlo anche di questo in pena del furto lo rende sempre più povero. Cosicchè se prima rubava per bisogno, dopo ruba per necessità. Ottime in proposito della pena pecuniaria sono le restrizioni dettate dal Codice Austriaco.

(2) Si vedano le acute osservazioni dello illustre Conforti nel suo scritto intitolato *Intorno al diritto di punire ed al nuovo Codice Criminale del Regno Italico pag.* 52.

§. 692.

Filangieri risuscitando un pensiero di Platone *(de legibus* 11, 12) riprodotto da Paolo *(sentent. recept.)*; suggerì che la pena pecuniaria onde renderla uguale per tutti gli uomini collocati in diversa fortuna, si determinasse in una *quota* del patrimonio del reo. Ma cotesto concetto non raggiungerebbe mai la sperata *eguaglianza relativa* della pena; come bene rilevarono Oersted, Rossi, ed altri. Di più siffatto metodo (d'altronde *ineseguibile)* sarebbe *ingiusto* nel suo principio. Bensì deve accettarsi la dottrina del Tittman, che la pena pecuniaria debba surrogarsi da altra quando lo applicarla condurrebbe alla miseria il colpevole: perchè allora sarebbe una confisca indiretta. Trovo pure molto saggia la idea del Franck *(philosophie du droit pénal part.* 3) il quale osservando che la commutazione della pena pecuniaria in carcere, stimata comunemente una necessità indispensabile, è però sempre dura, propone che prima di devenire alla carcerazione del debitore insolvente gli si debba offrire il mezzo di scontare il suo debito mediante giornate di lavoro da prestarsi al Comune.

Digitized by Google

§. 693.

Del resto giova tenere presente che la pena pecuniaria deve essere nella legge criminale spogliata sempre da ogni idea d' *indennità*, e distinta da questa. Tale distinzione non è soltanto tecnologica. Essa influisce sulle conseguenze giuridiche del passaggio contro gli *eredi*, della *solidarietà*, e della *responsabilità dei terzi:* cose tutte che se possono ammettersi quando un' ammenda, impropriamente chiamata pena, non sia in sostanza che una refusione di danno; repugnano alla multa che s' irroghi veramente come pena; poichè (sebbene pecuniaria) non però deve cessare di essere *personale*. Circa la *solidarietà* dei condelinquenti vengono in urto due considerazioni diverse. Il pericolo di rendere elusoria la pena col frazionarla a cagione del numero dei rei; e il pericolo di moltiplicarla e crescerla a dismisura per il cresciuto numero dei correi: lochè avverrebbe senza fallo se si ammettesse la *solidarietà* nella multa. Anche per la considerazione di questi due opposti pericoli val dunque meglio rigettarla, e tenere ciascuno dei rei responsabile soltanto della multa che da lui individualmente si deve. Il principio opposto prevale quando l' ammenda sta come refusione d' indennità, perchè questa non si aumenta pel numero dei contravventori, e tutti per giustizia debbono esserne solidalmente responsabili. La idea di *pena* che accompagna anche la *multa* riproduce nella medesima la condizione della *personalità*. Laonde, come sostennero virilmente Rauter, Backer, Nypels, ed

Digitized by Google

altri, non potrebbesi per principio scientifico ammettere su ciò distinzione tra pena corporale e pecuniaria.

CAPITOLO VIII.

Criterii della quantità *delle pene.*

§. 694.

Dall' esame della qualità delle pene si rileva la loro respettiva *quantità naturale;* cioè il rapporto di gravità del patimento che le diverse punizioni arrecano al colpevole. Ciò abilita il legislatore, dopo avere sciolto il problema del *maximum*, a formare la *scala penale:* che così dicesi la distribuzione delle pene ordinata secondo la loro gravità relativa. Ma il criminalista deve nelle pene esaminare ancora la *quantità politica:* cercare cioè le regole secondo le quali la diversa quantità naturale delle pene deve essere distribuita ai diversi delinquenti; avvegnachè la giusta adequazione delle varie pene alle diverse delinquenze sia principio assoluto e supremo nel magistero punitivo.

§. 695.

Primo oggetto di tale ricerca è quello di determinare la *regola astratta* di proporzione (1) da seguitarsi in cotesta misura. E qui è ormai massima pacifica, almeno nella scienza, che (reietto il sistema *armonico*, e *geometrico)* la misura delle pene debba ordinarsi sul solo sistema *aritmetico:* quello cioè che

Digitized by Google

prende per criterio di proporzione la sola *quantità* del delitto. La proporzione *geometrica*, che nella misura della pena vorrebbe tenere a calcolo la *condizione personale* del delinquente, fu per lunga stagione dominatrice. Ma è singolare che lo fu con vicenda contradittoria. Perchè della elevata condizione del reo si tenne conto in alcuni luoghi al fine di *aggravare* la pena, per la ragione dell' aumentato danno morale del delitto (2); e in altri luoghi se ne trasse ragione di *diminuire* certe pene per la maggiore sensibilità relativa del delinquente. Ma ammesso che le due osservazioni abbiano un fondo di verità, la conseguenza è che tra loro si elidano; e niente debba aversi riguardo alla condizione del reo, se non in quanto questa operi *per sè stessa* come *qualificante* il delitto.

(1) I popoli primitivi concepirono la idea della *proporzione* della pena al delitto in un senso tutto *materiale:* e vennero al *taglione*. Il taglione che si dimostra antichissimo per le più remote tradizioni orientali, e quasi universalmente accolto da tutti i popoli primitivi perchè estrinsecazione spontanea dello istinto di vendetta, si espresse con la formula occhio per occhio, mano per mano. La irrazionalità di cotesto criterio punitivo fu con uguale universalità riconosciuta dai popoli civili. Pure non mancò dei suoi lodatori; Coccejo *exercitatio* 37, *vol.* 2: ed anche fra i moderni ve ne ha di tali che esaltando fino al fanatismo la scuola storica, se non osano riproporlo come una bella cosa, pure non celano le loro simpatie. Vedasi Van Thiel *de poena talionis* — Beeldemaker *de talionis jure*. Non è in questo senso che la si deve intendere oggidì. Qual è la proporzione fra la ingiuria e la multa; fra l' omicidio e la casa di forza? La *proporzione* della pena

Digitized by Google

al delitto non vuole essere intesa come un rapporto *materiale;* ma in un senso tutto psicologico. Non si cerca già una proporzione tra *fatto materiale* e *fatto materiale;* ma tra *effetto morale* e *effetto morale.* L' effetto morale subirà sempre, egli è vero, un certo influsso dall' effetto materiale; e come il danno è il criterio della quantità intrinseca dei delitti, così il patimento materiale sarà il criterio della quantità intrinseca della pena. Ma quando vuolsi istituire il rapporto fra quantità e quantità, non è la materialità quella che deve prendersi di mira, per dire vi è giusta *proporzione.* Deve considerarsi la forza morale oggettiva del delitto, ed irrogare una pena che abbia sugli animi forza morale bastante per ristabilire l' ordine conflittando il disordine morale cagionato dal malefizio. Se la proporzione della pena al delitto dovesse desumersi dal criterio *materiale,* la sua misura sarebbe costante in tutti i tempi e per tutti i popoli. Mentre invece è indubitato che più si moralizza un popolo, più può senza pericolo ammollirsi il rigore delle pene, appunto perchè il calcolo del loro rapporto è tutto *morale.* È in questo senso che bene disse Niccolini, il codice penale essere il termometro della civiltà dei popoli.

(2) Questo ne accerta, a modo di esempio, Beaumonoir in ordine alla costumanza di Beauvoisis.

§. 696.

La proporzione *aritmetica* risponde alla etimologia della parola *pena,* derivata da *pendere.* La pena non è che un cambio di valori. È la moneta di cui si paga il delitto. *Poena,* disse Papiniano *(leg. 41 ff. de poenis) est aestimatio delicti.* Ma questa formula astrattamente vera si rese falsa troppo sovente nell' applicazione per lo errato criterio della *stima.* E questo non potrà mai desumersi da condizioni *estrinseche* al de-

Digitized by Google

litto, che non ne accrescano nè la *forza fisica*, nè la *forza morale*. Il precetto che la *pena deve essere proporzionata al delitto* si è convertito pur troppo in una formula nebulosa. Tutti vedono la nebbia, tutti dicono la nebbia ci è: ma quando si cerca cosa vi sta dietro, dove l' occhio dell' uno crede scorgere un albero l' occhio di un altro vi vede un campanile. Tutti i criminalisti ripetono che la pena deve essere proporzionata al delitto: concordia universale in codesta formula; ma entrate addentro nel concetto di coloro che la ripetono e vedrete che avete ottenuta la concordia sull' esistenza della nebbia. Ora si è confusa la *proporzione* con l'*analogia*, e l' *analogia* con la *proporzione:* ora si è confusa la *materialità* con la *idealità:* ora si è confuso il rapporto dell' *affetto movente* col rapporto dell' *effetto causato:* ora si è confuso il *bene guadagnato* dal colpevole col *nocumento* da lui cagionato: spessissimo poi si è confuso ciò che attiene all' *arte dell' economia penale* con ciò che spetta alla *scienza della ragione punitiva;* e tale miscela è frequente (1). In quanto a me potrà non piacere la mia formula; ma dessa almeno è netta, recisa e costantemente logica. Io non ravviso indole politica (sia nel delitto sia nella pena) nella mera forza fisica respettiva. La indole politica del delitto (e così la ragione del divieto) io la trovo nella sua *forza morale oggettiva*. Non perchè nuocciono ad uno o più si vietano certe azioni, ma perchè inoltre turbano gli animi di tutti, eccitandovi o la emulazione se perversi, o il timore se onesti. La indole politica della pena (e così la ragione della minaccia) io la trovo nella sua *forza morale oggettiva*. Non perchè nuoce

Digitized by Google

al colpevole si irroga la punizione, ma perchè distrugge il turbamento degli animi cagionato dal delitto, e ristabilisce la coscienza della sovranità del diritto e della sua sicurezza nella civile società. La proporzione pertanto tra pena e delitto deve cercarsi nelle respettive forze morali oggettive, nel qual senso la pena è in sostanza una vera riparazione politica. La pena deve avere tanto di forza morale oggettiva, quanta basti a distruggere quella che esercitò il delitto sui cittadini. In questo calcolo le condizioni della natura umana portano spontaneamente ad avere un riguardo alle respettive materialità, in quanto il male morale subisca la proporzione del male materiale. Ma il criterio razionale della proporzione sta tutto nel calcolo dell' azione e della reazione delle due forze morali oggettive. Ogni di meno è insufficiente, e il legislatore manca al suo *dovere:* ogni di più è ingiusto, e il legislatore punisce senza *diritto.*

(1) Il Signor Rapisardi ha testè pubblicato un suo disegno di codice penale Italiano: e quantunque egli abbia preso a tipo i soli due codici Sardo e Napoletano, dimenticando che in Italia vi era pure una qualche cosa, come il codice penale Toscano, che avendo richiamato gli elogi dei dotti delle più remote parti di Europa, meritava di non essere dimenticato da un Italiano, pure il suo libro è meritevole in qualche parte di elogio. Ma quando viene alla pena di morte (che *ad onore* 'd' Italia vuole mantenuta!) egli sostiene che se quattro malfattori ne hanno ucciso uno è ingiusto ammazzarli tutti e quattro. Il conto è chiaro: quattro vite umane sono più che una vita sola. Questo pensiero, che il dotto Consigliere Cuniac chiamò bizzarro, mostra come si brancoli quando si viene a convertire in una

Digitized by Google

realtà pratica la regola generale che la pena deve essere proporzionata al delitto.

§. 697.

Inania captant coloro che guardano così il delitto come la pena sotto il mero punto di vista della respettiva forza fisica oggettiva. Cercando una eguaglianza impossibile e un rapporto costante tra i mali recati dall' uno o dall' altro di quei due fatti, eccitano desiderii impotenti, e spingono la scienza in un sentiero dove non può raccogliere che disinganni. Lo stesso delitto e la stessa pena per la natura delle cose umane variano incessantemente in ogni loro estrinsecazione nella realtà del male recato. La uccisione di un giovine diciottenne e robusto non reca identico male, non privazione di uguali beni, che la uccisione di un infermo sessagenario: pure in ambo i casi se la uccisione fu per delitto chiamasi omicidio, se fu per pena chiamasi pena di morte: il toglimento di mille lire è insensibile al dovizioso, ed è rovina al padre di famiglia che a stento alimenta con piccola industria una prole numerosa: e sì l' uno come l' altro se vengono operati dal malvagio si chiamano furto di mille lire, e se dal giudice pena pecuniaria: la reclusione a vita ha una differenziale di *dieci* a *sessanta* se infliggesi al giovinetto e al settuagenario: e così di ogni altro esempio. Se si contempla il solo male materialmente recato o dal colpevole nel delinquere, o dalla società nel punire, non può aversi che una uguaglianza ed una proporzione nominale ed effimera; reale ed effettiva giam-

Digitized by Google

mai. Così il taglione sotto un' apparenza ipocrita di giustizia celava una perpetua ingiustizia. Ma il delitto e la pena non hanno la loro indole politica nel mero effetto materiale: l' uno e l' altro la traggono dalla respettiva *forza morale oggettiva*. Non si punisce perchè un uomo sia *morto*, non perchè i cittadini abbiano sentito *pietà* di quella morte; ma perchè i cittadini hanno palpitato di timore e sentito minerarsi nell' animo loro la opinione della sicurezza. Quindi le due uccisioni che presentano immensa disuguaglianza nella realtà dei danni materiali recati, e immensa nel senso di pietà eccitato in altri, sono uguali nel timore destato; perchè ognuno nella ripetizione del medesimo fatto a proprio danno prevede un male che in quanto a sè è sempre identico (il toglimento della propria vita) e così nell' animo di ogni consociato risulta sempre uguale la forza morale oggettiva di quel delitto, e la forza morale oggettiva di quella pena. Non si punisce perchè il colpevole soffra e col patimento espii la propria colpa o si emendi; si punisce perchè la pena racqueti negli animi guasti la libidine di delinquere, negli onesti la trepidazione. Certamente nè il delitto nè la pena potranno trovarsi forniti di forza morale oggettiva senza il substrato di un danno materiale e del reale toglimento di un bene che genera il respettivo effetto morale; e dentro certi limiti l' effetto morale avrà un rapporto di proporzione con lo effetto materiale. Ma il criterio politico che determina la essenzialità tanto del delitto quanto della pena è nello effetto morale; ed a cotesto criterio fondamentale deve uniformarsi il criterio misuratore dell' uno e dell'altro

Digitized by Google

fatto. Laonde il rapporto di proporzione che dopo trovata la formula determinante della quantità del delitto da un lato, e della quantità della pena dall' altro lato, si vuole adesso stabilire fra le due quantità poste a confronto, non deve tener dietro alle infinite variabilità dello effetto materiale, ma precipuamente al paragone delle due forze morali oggettive. Non deve minuziosamente guardarsi nel delitto o nella pena quanto abbia patito la vittima o quanto sia per patire il condannato, correndo dietro al fantasma di una uniformità impossibile; deve guardarsi quanto abbia operato il primo o per eccitare o per intimorire i consociati; e deve calcolarsi quanto opererà la seconda per tranquillizzare i medesimi. Nello equilibrio di queste due forze morali deve studiarsi la proporzione fra delitto e pena. Ogni investigazione di materialità a cui non risponda una varietà di forza morale può dare occasione a far pompa di fiori rettorici, ma getta la scienza fra le pastoje e conduce il legislatore a delle utopie pregiudicevoli alla giustizia. Da ciò scaturisce la conclusione seguente. La nozione del delitto procede su' principii assoluti: procede pure su' principii assoluti la nozione della pena in quanto i medesimi interdicano d' irrogare certi mali, o di varcare certi limiti; e così anche la proporzione fra pena e delitto subisce l' impero di principii *assoluti*, i quali esercitano una virtù *negativa* costante. Ma quando della proporzione fra pena e delitto si cerca non più un mero criterio *negativo* ma un criterio *positivo* che detti il *quanto* desiderato, allora si viene nel campo del relativo, perchè il criterio del *quanto* subisce le varietà delle condi-

Digitized by Google

zioni dei diversi popoli che possono essere rivelate soltanto dalla pubblica opinione: solo giudice competente del modo di sentire di ciascun popolo in ordine alle forze morali oggettive, così del reato come della punizione (1); nell' adequato rapporto delle quali tra loro sta il giusto criterio della proporzione.

(1) Da questa verità scaturiscono le conseguenze che svolsi nel mio scritto — *Se la unità sia condizione del giure penale:* negli *Opuscoli vol.* 2, *opusc.* 6.

§. 698.

Posto tale principio, le regole consequenziali intorno al metodo di trovare cotesta proporzione sono le seguenti:

1.° Nell' adattare la scala delle pene alla scala dei delitti, ordinata pur essa secondo la loro quantità relativa, deve procedersi con moto *discendente:* incominciare cioè dalle più atroci delinquenze, ed a queste contrapporre le più gravi punizioni; e di qui passare di grado in grado alle applicazioni inferiori.

2.° Nello scegliere la *qualità del male* da infliggersi al reo deve cercarsi di agire per quanto è possibile sulla passione che lo spinse al delitto, onde privarlo del bene cui col suo stesso delitto ha mostrato di maggiormente appetire. Notisi che questa regola non ha niente di comune con la formula della *proporzione* così detta *qualitativa;* con cui un filosofo contemporaneo ha col velame di nuove espressioni, tentato di riprodurre nè più nè meno la dottrina del taglio-

Digitized by Google

ne. Il rapporto tra pena e passione è ben diverso dal rapporto di *qualità* tra *male materiale* della pena, e *male materiale* del delitto. Con la strana teoria della proporzione *qualitativa* si verrebbe (a modo di esempio) nell' *incendio per odio,* che è delitto nocivo alla proprietà, a cercare nel male della pena un male che affligga il reo nella proprietà. Ma l' incendiario agì per furore di odio: e il suo odio si espone senza dolore a dar mille allo Stato, pur di avere impoverito il nemico. In questo senso la teoria della proporzione *qualitativa* è un' idea barbara, grossolana, che non solo manca di ragione giuridica, ma è ben anco politicamente viziosa. Il rapporto di *qualità* deve essere fra la pena e la passione impellente. Lo studio della spinta, che noi non credemmo doversi accettare come regolo primario della *misura* di *imputazione,* può dunque porgere elementi apprezzabili nella *scelta,* e distribuzione delle *pene.* Dal che s' intende che il presente canone non tanto appartiene allo *stretto gius* che *misura* la quantità della pena, quanto alla *economia penale* che studia i modi (ferma stante la radicale proporzione del castigo) di scegliere nell' applicazione del dolore quella *forma* che meglio agisca sull' animo così del colpevole come dei male inclinati.

3.° Cotesta difficilissima operazione deve sempre esser guidata dal puro criterio della quantità del delitto; senza lasciarsi punto influenzare dalla *difficoltà della prova* di certi delitti. Accrescere la *pena* per la difficoltà di provare il delitto altro non è che vendicarci sul reo della impotenza nostra. E nel tempo stesso, siccome la difficoltà della prova rende più facile un

Digitized by Google

errore giudiciario, ciò varrebbe rendere maggiore il male che s' infligge quanto più cresce il pericolo di infliggerlo all' innocente. E se obiettasi che la difficoltà della prova fa restare molte delinquenze impunite, viene ad ammettersi che io soffra un male maggiore per conseguenza del *fatto altrui* (1).

4.° Non deve parimente accattarsi una ragione giuridica di *aumentare* la pena dalla *accidentale frequenza* di alcuni fatti criminosi.

(1) Osservo ancora che accettato questo criterio dovrebbe seguirsi in tutte le sue logiche conseguenze. Per esempio dovrebbe punirsi *più* il furto di *danaro*, che di oggetti *riconoscibili*; il veneficio con veleno *vegetabile*, di quello con *minerale*; e così via discorrendo.

§. 699.

Questa ultima proposizione ha formato argomento di divergenti opinioni, specialmente dopo che Bentham ebbe insegnato che lo infittirsi di certe delinquenze portava a dovere aumentare il rigore delle punizioni. Tale pensiero aveva già dominato nella mente di troppi legislatori, e n' era derivato il crescente progresso nell' atrocità dei supplizi. Siffatta teoria era logica finchè si procedeva con la idea che il *fine della pena* fosse quello d' *impedire i delitti*. In quest' ordine d' idee ragionava Vouglans quando diceva che la continuazione del delitto malgrado la minaccia della pena, era la prova apodittica che le pene fin qui adottate erano insufficienti; e che però bisognava accrescerle. Su que-

Digitized by Google

st' ordine d' idee correva Jenull quando osservava che la pena rimpetto a colui che aveva delinquito era sempre mite, perchè non avea bastato a frenarlo. Se ci ostiniamo a trovare il fine della pena nella cessazione dei delitti non ci arresteremo mai nella crescente severità. È vero che per colui che ha delinquito la minaccia della pena fu insufficiente, poichè egli l' ha sprezzata. Ma essa fu però sufficiente per tutti gli altri. E il delinquente non la sprezzò perchè calcolasse di andare in carcere piuttosto che in galera, ma perchè o nell' impeto non vi pensò, o perchè calcolò di non essere scoperto. Laonde col calcolo della impunità avrebbe sprezzato ugualmente un' altra pena benchè più terribile. Non pareva dunque che la fallace dottrina dell' aumento della pena per l' aumentarsi di certi delitti potesse trovare accoglienza presso quei criminalisti i quali (meglio edotti) avevano reietto il principio della utilità, e il fantasma della intimidazione: come per esempio Trebutien *Cours de droit criminel tom.* 1, *pag.* 32. Già fino dai suoi tempi Puffendorf *(jus naturae et gentium lib.* 8, *cap.* 3, §. 22) aveva insegnato all' opposto che la frequenza dei delitti valesse come ragione per alleggerire le punizioni (1), dovendosi indulgenza a colui *qui fuit abreptus a torrente similia patrantium.* E ciò che egli ragionava sul principio *morale*, si è riprodotto recentemente dal Professor Veratti anche per ragioni *politiche:* e perchè la moltitudine dei gravemente puniti è di danno alla società, e perchè la soverchia pena contro un delitto frequente si rende sempre più intollerabile che non la soverchia pena contro un reato

Digitized by Google

insolito e raro: e perchè l' eccessivo rigore contro un delitto frequente più facilmente si risolve nella impunità generale. Altri sulle orme di Grozio *(de jure belli lib.* 2, *cap.* 20, §. 35) distinse tra l' ufficio del magistrato che nella frequenza di certi delitti, conforme al debito che gli corre di calcolare la moralità speciale del fatto, deve trovare una scusa a chi si lasciò trascinare dal malo esempio: e l' ufficio del legislatore, il quale ei volle dovesse per la frequenza accrescere la difesa in ragione del cresciuto pericolo. Carmignani saldamente si oppose alla feroce regola sì per le considerazioni politiche, come per le considerazioni di giustizia; la quale non tollera s' irroghi ad un delinquente una pena aggravata per i delitti commessi da altri. Se la frequenza accresciuta in certi delitti tenesse dietro ad una correzione legislativa che ne avesse modificato la pena, potrebbe allora l' insolito spesseggiare della infrazione ravvisarsi come un fatto rivelatore di uno sbaglio legislativo, e consigliarne la emenda. Ma tranne questo caso l' aumento occasionale di certe delinquenze deve l' autorità studiarlo e correggerlo nelle sue *cause*. Queste debbono esservi; o in genere nella trascurata vigilanza della polizia; o in specie in certe condizioni eccezionali, quali sono (a modo di esempio) le carestie nei furti, le agitazioni politiche nelle resistenze, e simili. Trovata la piaga, deve curarla con mezzi preventivi, e non ricorrere al facile ma tristo espediente di accrescere le pene, col quale moltiplica il male senza portarvi rimedio.

(1) Opinione che fu riprodotta da Puttmann *Probabilium vol.* 2, *cap.* 15, *pag.* 113.

Digitized by Google

CAPITOLO IX.

Criterii del grado *nella pena.*

§. 700.

La degradazione della quantità speciale di un *fatto* delittuoso operata dalla eccezionale deficienza o diminuzione di alcuna delle sue *forze*, che costituisce una causa *minorante* l' imputazione (§. 207 e segg.), porta seco per dovere di giustizia una diminuzione anche nella pena. In cotesti casi per altro la degradazione non nasce dagli elementi della *pena*, ma dagli elementi della *delinquenza* considerata nelle sue *individuali* condizioni. La teoria del *grado* in ordine alla *pena* porta invece ad esaminare quelle cause di modificare il castigo che derivano puramente dalle *condizioni* e dal *fine della pena*. Cosicchè questa teorica presuppone che possa rimanere nel caso speciale *inalterata la quantità del delitto*, e debba ciò non ostante alterarsi la misura ordinaria del male destinato per regola a quella specie. Presuppone (in una parola) o almeno lo ammette, che il *fatto criminoso* esaurisca *in sè* tutti i momenti morali e fisici per meritare la pena *ordinaria*; ma pure sorgano *cause* che impongano di modificare la *pena ordinaria* benchè non siano modificati i caratteri della delinquenza nè materiali, nè psicologici.

Digitized by Google

§. 701.

Tali cause possono discendere dai due caratteri della pena; di essere essa uno strumento di *bene politico*, e di dovere rappresentare quella adequata quantità di *male* da patirsi dal delinquente, che il legislatore credette congruo a giustizia lo infliggere. Le prime si dicono cause *estrinseche*, o *politiche*: le seconde possono dirsi *intrinseche alla* pena; o *giuridiche*.

Alcune di queste cause portano ad una semplice *modificazione*, o *commutazione* di pena. Altre possono spingere la efficacia loro fino al punto di far *cessare* ogni penalità benchè meritata.

§. 702.

La differenza fra il grado del delitto e il grado della pena, non è sempre bene avvertita da molti criminalisti, in special modo oltremonte; dove, o siasi data la cognizione delle circostanze attenuanti allo indefinito arbitrio del giudice, come in Francia (1); o siasi subordinato codesto arbitrio alle definizioni della legge come in Spagna e nel progetto Portoghese; sempre però nel fascio delle *circostanze attenuanti* si è confuso ciò che modifica la imputazione con ciò che modifica la pena. Di qui ne nacque un' apparente divergenza tra scuola e scuola, e ne nacque poi una inesatta ed inadequata valutazione delle scuse speciali; ora ingiustamente reiette, ora ingiustamente accettate senza debite limitazioni. A tacere di altro basti osser-

Digitized by Google

vare che se le cause di scusa si ammettono senza tenere dinanzi agli occhi questa importantissima distinzione, ne consegue che una data causa che ha la sua ragione soltanto nella *qualità* della pena si ammetterà o si negherà in faccia a qualunque specie di pena; e ciò condurrà sì nell' uno come nell' altro caso alla ingiustizia. Laddove osservata con scrupolosa esattezza la distinzione della scuola italiana, si dovrà dire quando la delinquenza non è diminuita nelle sue forze che la imputazione resta nella sua pienezza: e passando poscia a considerare la pena destinata per quella delinquenza *nel suo relativo* colla persona del delinquente, o con certe *politiche considerazioni*, trovarsi una ragione o di giustizia o di convenienza per modificare il male che rappresenta la pena ordinaria. Spiegherò la idea di questa distinzione con un confronto. Ordinato un lavoro ad un operaio si calcola il valore dell' opera in sè, e le si dà il prezzo che merita in sè stessa: ecco un calcolo analogo al calcolo della quantità nei delitti. Ma se l' operaio usò nel lavoro intelligenza minore o lasciò il lavoro imperfetto, ciò gli si valuta al di sotto della quantità ordinaria del valore di quell' opera; ecco l' analogia col grado nel delitto. Ma se all' operaio si dà qualche cosa di più del valore ordinario perchè è povero, perchè ha famiglia, per benemerenza di altri servigi, per il calcolo di potere avvantaggiarci altrimenti colla sua benevolenza: ecco l' analogia col grado nella pena. L' opera è la istessa: ha lo istesso intrinseco valore di ogni altra simile. Se per quei riguardi alla persona, o per quelle vedute nostre, si dà all' operaio di più; o se gli si dà

Digitized by Google

invece di meno perchè abbiamo a lui fatto precedenti servigi, o per altra qualsiasi considerazione personale che non influisca sul valore intrinseco dell' opera, si procede precisamente come procede la legge quando aumenta o diminuisce la pena in due fatti che intrinsecamente avrebbero uguale valore. Il grado nella pena non cambia nè il titolo, nè la quantità, nè il grado del delitto. Fa sì che la pena, la quale è il prezzo con cui la società paga il delitto, debba modificarsi per ragioni di mero rapporto con l' individuo delinquente, sebbene il valore del delitto non si modifichi.

(1) Ciò riconduce la quantità politica della pena alla *proporzione armonica;* la quale appunto consiste nel rilasciare del tutto allo illimitato arbitrio del giudice il porre in armonia la quantità della pena con ciascuno malefizio.

CAPITOLO X.

Cause politiche *o* estrinseche *di modificare la pena.*

§. 703.

L' ultimo fine del punire è il bene sociale. Quando pertanto circostanze speciali dimostrino che l' applicare l' ordinario rigore della pena in un dato caso, quantunque *consentaneo a giustizia*, produrrebbe alla società un danno maggiore di quello non le derivi dal lasciare impunito o dal punir meno quel reo, nasce un conflitto fra la esigenza della rigorosa giustizia e

Digitized by Google

le esigenze dell' ordine esterno. Sarebbe *giusto* applicare la pena ordinaria; ma ciò recherebbe un disordine maggiore di quello che nascerà dall' omettere o moderare la punizione.

§. 704.

Se la ragione di punire avesse a suo fondamento la giustizia assoluta, questa dovrebbe farsi perisse il mondo: se il fine della pena fosse la espiazione, questa dovrebbe essere impreteribile. Ma la giustizia non non è che un criterio *limitativo* del giure penale (§. 612). Il suo fondamento è la *tutela* del diritto: e in ogni opera di difesa entra sempre il calcolo comparativo del male maggiore e del male minore. Il suo fine *immediato* è il *ristabilimento dell' ordine:* e quando l' ordine completo non può per ragioni umane ottenersi; l' *ordine sta nel disordine minore.* Dunque il bene maggiore dei consociati può essere causa di deflettere dal rigore della giustizia: e da questo fonte medesimo può nascere una serie di cause che si dicono *estrinseche* alla pena; le quali impongono la cessazione, o la modificazione della medesima per ragioni che sono inerenti piuttosto al suo ultimo *fine*, ed al suo *fine* immediato nel tempo stesso, anzichè alla sua *natura.*

§. 705.

La giustizia sarebbe ferita quando sotto il pretesto di pubblico bene si aumentasse, oltre il suo prescritto la pena, perchè in quella sta il *limite* del

Digitized by Google

diritto di punire. Ma non si offende nel caso inverso; appunto perchè essa non è che un *limite:* essa cioè interviene nel magistero penale onde *impedire* che si punisca dove essa lo vieta; ma non per *imporre* che si punisca sempre ove essa lo comanda, se al suo comando non risponde il bisogno della tutela giuridica, o l' obbedirvi espone a pericoli maggiori il diritto che si vuole proteggere.

§. 706.

Da ciò è chiaro che possono esservi cause *politiche* (o estrinseche) di *diminuire* la pena; ma non possono ammettersi cause *politiche* di *aumentarla. Politica non può mai vincer giustizia* a fine di punire di più: *politica può vincer giustizia a fine di punir meno,* perchè la *giustizia astratta* non è più *giustizia sociale* quando cagiona disordine.

§. 707.

Queste cause politiche si dividono naturalmente in due categorie: e fu a mio credere una disavvertenza del Carmignani il farne una sola classe. Siffatta suddivisione deriva dalla potenza o impotenza in cui versa la legge di prevederle *a priori*. Fermo nel principio che la legge deve, per quanto è possibile, regolare in antecedenza tutti i casi che essa può prevedere, penso che a questo grande dovere la legge si uniformi anche in ordine a quelle cause politiche che per la condizione loro possono prevedersi, delinearsi, e de-

Digitized by Google

finirsi a caratteri pronunciati; e così consegnarsi la loro cognizione ed applicazione al giudizio prudente del magistrato, diretto dalle prestabilite disposizioni della legge. Ma per quanto possa desiderarsi in questa materia la esclusione dell' arbitrio dell' uomo, non sempre può ottenersi. Perciò vi sono delle cause politiche la cognizione delle quali, nè può dalla legge prestabilirsi con regole certe, nè può affidarsi al giudizio del magistrato; perchè dipendono da condizioni variabilissime, e da condizioni attenenti all' alta politica.

§. 708.

Di qui la necessità di formare due distinte categorie di codeste cause. L' una che io chiamo — serie delle cause *indeterminabili* dalla legge. Queste inevitabilmente ricadono sotto il *diritto di grazia.* Diritto sovrano, in ordine al quale la scienza può dare dei suggerimenti generali, ma che non può limitarsi *a priori* dalla legge. È il potere esecutivo quello che deve in ogni singolo caso verificare, e valutare la convenienza del suo esercizio. L' altra che chiamo — serie delle cause *determinabili* dalla legge. In questa serie non cade lo esercizio del diritto di grazia, non cade arbitrio nè di principe, nè di magistrato; tutto è preordinato dalla legge: la quale si è determinata ad accogliere non per ragioni di *giustizia*, ma per ragioni di *pubblica utilità.* Essendo così ordinate dalla legge parrebbe che venissero sotto cotesto rapporto ad avere il carattere di cause *giuridiche.* Pure le mantengo col Carmignani nella classe delle estrinseche o politiche, perchè tale è la loro genesi razionale.

Digitized by Google

PRIMA SERIE

Cause politiche indeterminabili *dalla legge.*

§. 709.

Perchè la cognizione di certe circostanze che rendono conveniente modificare od anche toglier del tutto la pena meritata da un colpevole, si riserbi al *potere esecutivo* esercente il diritto di grazia, le medesime debbono (1) avere un carattere *straordinario*, tutto accidentale e proprio di quella specialità e delle condizioni del paese, dei suoi bisogni o di cento altre considerazioni, alle quali non può permettersi che il magistrato levi lo sguardo, e non è possibile che il legislatore con un dettato generale spinga antecedentemente le sue previsioni. Enumerarle dunque è impossibile per la stessa ragione dello esser loro. Si ammettono (a modo di esempio) dai dottori, e si enunciano come ragioni possibili di trovare conveniente l'esercizio del diritto di grazia i *meriti* del delinquente (2), il *timore di tumulti*, la *moltitudine dei colpevoli*, il *bisogno* che abbia del delinquente la patria, o i *servigj* a lei prestati, ed altre consimili.

(1) Con questa espressione non intendesi già d'insegnare che riconosciuto ed ammesso dalla legge fondamentale il diritto di grazia, possano poi apporsi dei limiti al suo esercizio: intendesi insegnare la opposta regola che i giudici non possano conoscere di quelle circostanze straordinarie

Digitized by Google

che sono riservate al giudizio grazioso del principe. Certamente però questo giudizio è insindacabile, ed il principe può valutare come ragione di grazia anche quelle circostanze che deferite dalla legge alla cognizione dei magistrati non si sono da questi valutate. Pure fra i giureconsulti spagnuoli anche contemporanei vige la regola che la legge possa limitare a certe condizioni il diritto sovrano di grazia, e ne adducono in esempio una legge delle *Partidas* che negava alla Corona il diritto di far grazia a quei delinquenti che non avessero ottenuto il perdono dell'offeso. Questa era in quei tempi una tradizione della idea della vendetta privata nella punizione de' reati; ma non mancano anche tra noi dei giuristi i quali opinino che nei delitti di *azione privata* la grazia del principe non debba ammettersi come modo estintivo della pena. In quanto a me anche in tali delitti considero il diritto degli offesi come meramente negativo o *impeditivo*, non mai come un vero diritto *punitivo*.

(2) Sui *meriti* del delinquente dissertò elegantemente Puttmann *opusc. crim. opusc.* 11.

§. 710.

Molto fu scritto contro il *diritto di grazia* da Beccaria, Pastoret, Barbeyrac, Bernardi, Filangieri, Bentham, Bavoux, Kant, Livingston, ed altri moderni. Ma i loro obietti furono combattuti; e il diritto di grazia si è mantenuto ovunque malgrado la mossagli guerra, e può riuscire utilissimo quando sia razionalmente esercitato.

§. 711.

La *grazia* appartiene al *potere esecutivo*. Essa è ben diversa dall' *amnistia* (1) o *indulto*, che appar-

Digitized by Google

tiene al *potere legislativo*. Questa, più *generale* nelle sue *cause* e più *pingue* nei suoi *effetti*, non estingue soltanto la *pena*, ma *cancella il delitto*. Tale concetto è nella stessa etimologia della parola *amnistia — oblivio*.

(1) Sulle differenze fra la *grazia* e l' *amnistia* vedasi Hermann *de abolitione criminum* — Steck *de amnistia* — Bertauld *leçon* 21. — Legoux *droit de grace* — Arcos Orodea *estudio sobre la regia prerogativa de indulto*, inserito nella *Escuela del derecho vol.* 5, *pag.* 64.

SECONDA SERIE

Cause politiche determinabili *dalla legge*.

§. 712.

Appartengono a questa serie tutte quelle circostanze che procedono da certe condizioni *uniformi* del rapporto della pena col pubblico bene; e perciò sono definibili *a priori*. Queste debbono prendersi in esame dal *potere legislativo*; e quando si credono ammissibili, sanzionate come *regola costante* dalla legge generale, debbono rimettersi ai magistrati per la loro applicazione. Tale è la *quietanza* dell' offeso nei delitti di azione privata (1). Tale è, per la dottrina dei pratici, la *confessione del reo* tempestiva e utile alla giustizia. Tale è la *prescrizione* della *pena*.

(1) La *quietanza* del leso si novera fra i modi politici, perchè se in certi casi (come nell' adulterio) si concede

Digitized by Google

alla remissione dell' offeso l' autorità di far cessare la pena, non è per un principio di giustizia, ma per riguardi di pubblico ordine.

§. 713.

Carmignani attribuì indistintamente al potere esecutivo la cognizione di tutte le cause estrinseche. Per lui non ve n' era alcuna fra queste, che potesse formare oggetto di misure legislative generali. E con quest' ordine d' idee enumerò fra le cause di grazia anche la *prescrizione della pena*, e la *confessione del reo*. Ma negando che la prescrizione della pena dovesse ammettersi per legge generale, andò contro la opinione di molti autorevoli criminalisti, e seguitò la dottrina prevalente in Toscana. Negando poi che ai magistrati si potesse dalla legge affidare la diminuente della *confessione*, non solo andò contro la dottrina dei pratici, ma contrariò eziandio la pratica universale accolta ai suoi tempi in Toscana. Fino al 1853 fu regola inconcussa delle nostre osservanze giudiciali che il giudice dovesse ad un condannato valutare a disgravio la spontanea confessione che fosse stata *utile* alla giustizia. A diritto costituendo vi è molto da dire in ambedue i sensi su tale argomento. Da un lato repugna che la legge dica in precedenza che quando un accusato confesserà a danno proprio o dei complici, avrà uno sgravio di pena. Questo dettato apparisce ad alcuni immorale: apparisce una transazione col delitto: il senso morale di alcuni se ne offende, e ne teme un incentivo alle scelleraggini. Dall' altro lato è un fatto che se la utilità politica può

Digitized by Google

tenersi come giusta ragione per ammollire a riguardo di lei alcun poco il rigore della pena, questa utilità derivante dalla confessione di un accusato, non può nè raggiungersi nè congruamente valutarsi ove la cognizione della *spontaneità* e della *importanza* di una confessione giudiciale non si deferisca ai magistrati, in faccia ai quali si agita il processo. Essi soli, consultando la loro coscienza, sono in grado di dire se dove fosse loro mancata quella confessione, si sarebbero o no trovati nella necessità di assolvere. Cosicchè riportando questa causa diminuente fra le cause di grazia sovrana si denatura e si rende meno proficua, perchè la incertezza della sua valutazione affievolisce lo allettamento alla confessione spontanea. La utilità politica di tale diminuente sta in questo: data la certezza che per difetto di prova si sarebbe dovuto assolvere, è meglio che si punisca quantunque si punisca meno, di quello non punir niente e dovere assolvere un colpevole (1). Ammettendo sotto questo punto di vista la diminuente della confessione, noi aderiamo strettamente al nostro principio della *tutela giuridica*. La formula *utilità politica* che qui adoperiamo non è altro che la *utilità* di mantenere la *protezione* del *diritto*. La quale in ultima analisi è meglio ottenuta col punir *meno*, che col punire niente. D' altronde l' apparente immoralità di questo allettamento politico alla denuncia non è così flagrante come nel caso dei *decreti d' impunità* che giustamente oggidì si riprovano da tutti, e viene temperata dalla condanna che va a colpire (benchè più mite) il colpevole confitente. La pubblica morale si adatta con simpatia a veder

Digitized by Google

trattato con più benignità il confitente; sì perchè la confessione stessa quando è a proprio pericolo è arra di resipiscenza; sì perchè il pubblico calcola che senza la confessione la giustizia sarebbe stata delusa; sì perchè questa idea si connette col sommo principio religioso della redenzione del peccatore. In queste ultime considerazioni i seguaci della moderna scuola correzionalista trovano la ragione determinante di ammettere questa scusa. Io non valuto queste ragioni come fondamento della sua ammissione: ma solo come valida repulsa all' obietto della immoralità di ammetterla. Il principio fondamentale della sua ammissione lo trovo bastante nel servigio che presta alla tutela giuridica. Io non posso approvare il progetto Portoghese che avrebbe posto fra le circostanze *aggravanti* della pena la *negativa* del reo. Aggravamento vuol dire quantità maggiore di punizione. Quantità maggiore di punizione non può aversi senza supporre una quantità maggiore di colpa. Ora supporre nella negativa del reo una colpa speciale è una crudeltà che va a ritroso degli impulsi spesso insuperabili della umana natura. Non mi soscriverei dunque a chi volesse dire, si aggravi la pena al reo negativo: ma non troverò difficoltà a soscrivermi a chi dice, si attenui la pena al reo che utilmente confessa. Queste divergenze di ragioni e di modi non sono mere sottigliezze od inutili tenacità di formule: risalgono ai grandi principii dominatori della scienza; e ne discendono poi nella pratica svariatissime ed importanti conseguenze.

(1) Questa ragione che domina il codice Austriaco (art. 46 lett. h) non è stata valutata in altri codici moderni (come

Digitized by Google

il progetto Portoghese (art. 66 n. 2) i quali ammettendo la diminuente della confessione, o *utile* o no alla giustizia, vi hanno mescolato il riguardo alla *resipiscenza.*

§. 714.

La prescrizione della *pena* ha dato agli scrittori argomento di grave disputa: diversamente risoluta dai diversi legislatori. A molti scrittori (dei quali fu antesignano il Bentham divenuto ad un tratto moralista) pare brutta cosa che un codice prometta dopo un numero di anni la impunità ad un colpevole, riconosciuto tale *per condanna* di tribunale: e quasi prometta un premio alla inobbedienza, alla scaltra latitanza, od alla fuga dal carcere.

§. 715.

La prescrizione dell' *azione* è, secondo questa dottrina, tollerabile perchè si è incerti della reità, mancando la giudiciale pronunzia. I cittadini dubitano se quell' uomo sia un colpevole fortunato, o una vittima infelice di un ingiusto sospetto: e conviene estinguere un' *azione* che si tenne così a lungo inoperosa, e che vorrebbe ripristinarsi quando il tempo ha reso più ardua la cognizione del vero. Ma prescrivere la *pena* dopochè il delitto fu reso certo per decreto di magistrato, è (dicono) un confessare la debolezza della legge; è un insulto alla morale; è un trionfo scandaloso della scelleraggine.

Digitized by Google

§. 716.

Altri invece (Puffendorf, Dunod, Trebutien, Mesnard, Haus, Villeret) non hanno guardato che al *fine* della pena. Quando il delitto e la condanna sono dimenticati (hanno essi detto) il disordine è cessato: la pena che si irroghi è senza scopo; essa non ha altro effetto morale che quello di eccitare la pietà. Volete voi mandare a morte un uomo di 60 anni per un delitto che commise all' età di 20? Il dramma della pena si svolge agli occhi di una generazione per la quale il dramma del delitto non è più che un fatto storico. Questa è la ragione più solida a cui si appoggi la prescrizione della *pena* (1). La formula della prescrizione derivata dal *possesso di impunità* è empirica. Il possesso di uno stato contrario alla legge non può avere efficacia giuridica.

(1) Su tali principj si ragionano le disposizioni di alcuni codici che nel lasso del tempo ravvisano una causa di minorare, o degradare certe speciali penalità. Così il codice di Vaud (art. 60, 62) dispone che quando dopo una sentenza che condanna a morte siano decorsi tre anni (art. 60 e art. 77) od anche quando dopo il delitto che meriterebbe la morte sono decorsi tre anni (art. 62, n. 4) senza che tal pena sia stata eseguita od inflitta, la pena di morte sia di pieno diritto commutata in quella di 30 anni di reclusione. Singolare era una disposizione delle *Partidas* di Spagna, che decretava che quando un inquisito fosse stato per ragione della procedura detenuto per 2 anni senza che ancora si fosse inviato a sentenza, dovesse dichiararsi assoluto dalla legge. Tale disposizione sembra si ragionasse sulla

Digitized by Google

presunzione che colui a carico del quale in due anni di ricerche non aveva il Giudice potuto costatare il delitto, fosse innocente.

§. 717.

Altri (Le Sellier, Rodière, Ziflebecke, Helie, Boitard, Hoorebecke ec.) aggiungono ancora che la giustizia deve chiamarsi paga delle angosce che il condannato ha sofferto nella lunga sua latitanza. Osservazione che non mi sembra nè positiva, nè coerente ai principii. Essa si fonda sopra una astrazione filosofica; sopra una presunzione che può fallire: e non dà ragione giuridica di sè stessa, tranne appo chi nella pena cerchi la espiazione morale. Pure è forse la ragione più popolare: e forse è il suo stesso vizio di essere una ragione morale, quello che la rende popolare. Avvegnachè sia un fatto notevole che in diritto penale tutti si credono autorizzati a sedere a scranna, e pronunciare opinione. Poeti, filosofi, giornalisti, teologi, romanzieri, medici, tutti ragionano ex professo in giure penale. Ma perchè ciò? Appunto perchè ne falsano il concetto, o compenetrandolo con la legge morale pura, che è a portata di tutti, o coordinandolo al tornaconto politico, che ciascuno si crede in grado di misurare. È questa forse la ragione per cui spesso acquistano popolarità certe massime che trasportate dal campo della morale o della politica, sotto la severa critica del diritto si veggono a colpo d' occhio o giuridicamente erronee o fallaci (1). Sotto il punto di vista giuridico le ragioni del *possesso* d' impunità, e della presunta *espia-*

Digitized by Google

zione morale non sono che parole: la ragione della difficoltà della prova non ha valore in faccia ad una rejudicata, qual' è la sentenza condennatoria proferita in *contradittorio* del reo. Sicchè il solido argomento sul quale può adagiarsi la prescrizione della *pena*, è solo questo, che decorso un lasso di anni dopo la condanna la sua esecuzione manca di *esemplarità*.

(1) La prescrizione della *pena* veniva in Roma ad essere inclusa nella generale prescrizione della *actio ex judicato* che si consumava in trenta anni: Hoorebecke *pag.* 8 — Villeret *de la préscription* §. 21. Fra le leggi dette barbariche, non pare si trovi traccia di prescrizione di *pena*. È certo che i Visigoti ammisero la prescrizione dell' *azione*; si contrasta fra Bertauld e Villeret se la fosse ammessa nei capitolari di Carlo Magno. Risorto l' impero del diritto romano si ammise generalmente la prescrizione dell' *azione* col lasso di 20 anni, ridotto a meno pei delitti minori. Solo la ordinanza di Luigi XIV del 1670 dichiarò imprescrittibile il *duello*, e lo zelo di alcuni dottori pretese di estendere la imprescrittibilità anche alla *lesa maestà*: così Jousse, e Vouglans. Ma in proposito di prescrizione di *pena* non si trovano disposizioni speciali neppure nella Carolina.

Fra i codici moderni la prescrizione della *pena* si ammette dal codice di Sassonia, di Wurtemberg, di Francia, di Napoli; dal codice Sardo, dal codice di Modena, e dal progetto portoghese art. 174. Non si ammette dal codice di Prussia, e del Brasile, nè dal codice Toscano.

§. 718.

Gli argomenti sono gravi per una parte e per l' altra; e forse la disputa vuol essere risoluta con distin-

Digitized by Google

zioni prudenti. Ma in genere una prescrizione della *pena* si deve ammettere, come dai più si ammette. Osservo poi che nelle condanne *contumaciali*, quando non hanno fatto passaggio in cosa giudicata, esige la logica (se si ammette la prescrizione dell'*azione*, e per tutte le ragioni per cui la prescrizione dell' azione si ammette) che si ammetta anche la prescrizione della pena. Infatti se si vuol essere coerenti alle ragioni supreme di giustizia per cui si accetta la *prescrizione dell' azione*, non si può a parer mio ammettere la teoria della interruzione di cotesta prescrizione, la quale rende cotesto provvedimento puramente facoltativo nel pubblico accusatore. Perlochè la prescrizione dell' *azione* non dovendo a parer mio cessare per la sentenza contumaciale, e questa cadendo per la costituzione del condannato in contumacia, la prescrizione dell' azione osta al nuovo giudizio che *ex integro* dovrebbe farsi; come insegna Niccolini *proc. pen. p.* 3, *n.* 1237. Lo che deve condurre ad ammettere più facilmente anche la prescrizione della pena inflitta per sentenza contradittoria. La massima che fa cessare la prescrizione dell' azione per la sentenza *contumaciale*, rende elusorio quel modo di prescrizione, e conduce a tutti gl' inconvenienti pregiudicevoli alla innocenza, pei quali si ammette da tutti che *l'azione penale* debba avere un termine prescrittivo. Comprendesi facilmente che questa osservazione rivela esser noi contrarii al sistema della *interruzione*, della prescrizione dell' *azione*. Molti insegnarono e stabilirono che l' *azione penale* potesse durare anche 50 anni, e più, purchè l' ufficiale inquirente o accusatore

Digitized by Google

ne avesse *interrotto* la prescrizione con qualche *atto di istruzione* eseguito ad intervalli a piacer suo. Ecco in primo luogo posto nel libero *arbitrio* di un uomo lasciar prescrivere o no un' azione penale contro cui gli piace: primo abuso. Poi è chiaro che cotèsta idea è figlia di una erronea illazione dal giure civile. Ma la prescrizione penale, no, non è, come la civile, ragionata sulla protezione dei vigilanti e punizione dei negligenti. Ridicolo sarebbe che per punire la negligenza di un giudice, si liberasse un colpevole, e si lasciasse indifesa la società. Tali idee non hanno niente di comune con la legge penale.

Le ragioni della prescrizione dell'*azione* sono due. — 1.° Il *cessato interesse sociale* alla punizione — 2.° Il pericolo che l' innocente *non possa difendersi* pel ritardato esercizio dell' azione. Ma nessuna di queste due ragioni conduce alla dottrina della *interruzione*. Non la prima: perchè gli atti di *istruzione* di un giudice non tengono vivo quell' interesse sociale alla pèna, che si suppone eliminato dal lasso del tempo. Non la seconda ragione, benchè su questa appunto siasi voluta argomentare la *interruzione*. Si è detto che quando gli atti d' istruzione sono stati di periodo in periodo continuati, colui che si vegga chiamato in giustizia per l' accusa di un delitto di 20 o 30 anni addietro, non può più dire che si è pregiudicato col tardivo richiamo, perchè ha scordato i fatti, o sono morti i testimonj, o sono periti i documenti che chiarivano la sua innocenza. Gli atti continuati contro di lui (si dice) dovevano tenerlo sveglio, e doveva perciò serbarsi in grado di far le sue difese ad ogni

Digitized by Google

chiamata. Dunque gli atti instruttorii intermedii fanno cessare la ragione della prescrizione dell' azione. Ma questo argomento non toglie in primo luogo i pericoli della morte di testimonii, ed altri casi nefasti alla difesa. In secondo luogo esso parte da un *falso supposto:* ed è che gli atti instruttorii per aver forza *interruttiva* debbano essere legalmente notiziati al reo. Or questo nelle legislazioni che ammettono la *interruzione*, assolutamente non è. Gli atti interrompono benchè fatti contro *persona incerta;* interrompono benchè *non notiziati* al reo, interrompono contro *tutti* benchè notiziati ad *un solo*. Dunque l' argomento è effimero. Nè può dirsi che doveva esser cura del colpevole informarsi se il processo continuavasi o no: perchè tale obietto pecca evidentemente della petizione di principio della colpevolezza dell' accusato (1). Identiche ragioni conducono a dubitare della forza interruttiva anche della sentenza *contumaciale*, perchè se la sentenza contumaciale può veramente dirsi non essersi dovuta ignorare dal reo quando era *presente* in paese, ciò non corre altrettanto in caso di *assenza* innocente. Dell' assenza di un onesto uomo possono profittare maligni per accusarlo di un delitto falso. E se costui dopo 15 anni di peregrinazioni in terre lontane torna in patria, trovasi evidentemente in quelle stesse difficoltà, in cui si trova colui cui si obietti un delitto che per 10 o 15 anni non ha formato soggetto di alcuna investigazione. L' argomento è delicatissimo, e non ancora esaminato quanto vorrebbe.

(1) La futilità di questa obiezione è intuitiva quando si ricordi che per le regole accolte nel sistema della *interru-*

Digitized by Google

zione, la prescrizione s' interrompe anche in un processo iniziato *contro incogniti* e che può durare anche 10 anni sempre contro incogniti. Vi vuole un bel coraggio per affermare che il cittadino *doveva sapere* che un processo s' instruiva *contro di lui* e prepararsi le difese, quando neppure gli ufficiali della giustizia *sapevano* ancora di fare un processo contro di lui. Il sistema della *interruzione* per atti di procedura si è dimostrato irragionevole anche da Dimitry de Glinka, *philosophie du droit pag.* 113, 115. Ma egli con altri trova un' altra causa d' interruzione nel *delitto commesso posteriormente*. Ravvisando nella *emenda* il fine della pena, e nella *presunta emenda* il cardine della prescrizione, si viene per buona logica a questa conseguenza di negare in perpetuo la prescrizione a colui che continui a commettere delinquenze. Tale sistema fu seguitato dal codice di Wurtemberg e da altri. Questa interruzione (adottata anche dal codice di Bolivia, art. 159, del Perù, art. 105, n. 2, dei Grigioni, §. 58, e delle Isole Jonie art. 154) ha almeno un principio ragionevole. Ma lo ha egli altrettànto la opinione di coloro che ravvisando una interruzione (anzichè una mera sospensione) nella *demenza* sopraggiunta allo accusato dopo lo oppostogli delitto, la pietà verso un infelice chiuso in un manicomio esercitano col dichiarargli perpetua la guerra della Società. Per ben calcolare quali siano gli effetti del sistema della interruzione vedasi Blanche *deuxième étude art.* 64, *n.* 192 *et suiv.*

CAPITOLO XI.

Cause giuridiche *o* intrinseche *di modificare la pena.*

§. 719.

La pena deve essere *un male* pel delinquente: e deve essere quella data *quantità di male* che il le-

Digitized by Google

gislatore ravvisa sufficiente a proteggere il diritto, senza eccedere la proporzione con la quantità delle respettive delinquenze. I calcoli del legislatore sono istituiti su questo rapporto. Ma il rapporto può *variare;* ed allora deve modificarsi, od anco cessare la pena.

§. 720.

Può variare il rapporto, o per circostanze *individuali*, o per mutata volontà del *legislatore*. In ambo i casi si ha una *causa giuridica* che porta a modificare la pena incorsa mediante il delitto.

§. 721.

Perciò queste cause giuridiche possono nascere o da accidentalità *individuali*, o da accidentalità *legislative*.

ARTICOLO I.

Accidentalità individuali.

§. 722.

Nei casi ordinarii, e per la comune dei delinquenti, il rapporto di proporzione fra il male della pena e il male del delitto è quello stabilito dalla legge. Ma sorgono dei casi straordinarii che *alterano cotesto rapporto* per eccezionali condizioni in cui trovisi quel tale *individuo* che deve punirsi. Allora vuole giustizia che in obbedienza al principio se ne modifichi l' applica-

Digitized by Google

zione. In tali casi si ha un aumento o decremento *relativo* della pena sotto il rapporto della sensibilità del reo. Il male che patirebbe l'individuo per la irrogazione della pena ordinaria, non sarebbe quello *stesso dolore* che soffrono gli altri; cioè non avrebbe quel grado di forza fisica obiettiva, che nelle previsioni della legge, esso ha su tutti gli altri delinquenti. Quel male per le condizioni *individuali* del reo sarebbe o *maggiore* o *minore:* onde la pena avrebbe nella specialità una *forza fisica oggettiva* che in rapporto a quell' individuo sarebbe in modo rilevante o maggiore o minore della ordinaria. Allora mantenere la uguaglianza delle pene sarebbe un punire disegualmente: e perciò sarebbe ingiusto quando le condizioni speciali del giudicabile le dassero una forza oggettiva soverchiamente maggiore; sarebbe insufficiente quando le dassero una forza oggettiva minore.

§. 723.

Tali cause che si dicono *intrinseche* alla pena, devono dunque ammettersi per principio di giustizia, o di bisogno della tutela giuridica: e ne deve conoscere il magistrato, secondo le regole segnate dalla legge *a priori.*

§. 724.

Or se questa varietà presunta di sensibilità può essere o *in più* o *in meno*, è chiaro che ne devono emanare cause che portano a *diminuire* la pena, e cause che portano ad *aumentarla.* Diminuzione od au-

Digitized by Google

mento che può farsi o col passare *da specie a specie* di pena; o col togliere o coll' aggiungere alla pena ordinaria *dolori accessorii;* o col diminuire od aumentare la *durata della punizione,* mantenendone la specie (1).

(1) Non perdasi mai di vista che il *grado* nella *pena* non risponde esattamente alla idea del *grado* nel *delitto.* Nella *pena* siamo nella teoria del *grado* anche quando si muta *specie* di *pena.* Nel *delitto* tostochè avviene mutazione di *titolo* non siamo più nella teoria del *grado,* ma della *quantità.* Perciò dissi a suo luogo che nel delitto non vi sono circostanze *aggravanti la imputazione.* Le circostanze *aggravanti* un fatto criminoso ne mutano la *specie,* ne aumentano la *quantità.* Laonde la imputazione che si deve a quel fatto in tal guisa circostanziato, è la *imputazione* ordinaria attribuita a quella specie considerata nelle sue condizioni materiali, senza veruna influenza delle circostanze individuali. Il *fatto* è *mutato:* ma si imputa tale *qual è.* Sempre è la imputazione ordinaria risultante dal *titolo* renduto *diverso* e di quantità maggiore per le mutazioni delle circostanze. Chiariscesi con esempi questa dottrina. Quando l' accusa sostiene che un furto è qualificato da domesticità, un omicidio da premeditazione, non eleva questione di *grado* o di *aumento* di imputazione oltre la misura ordinaria del fatto. Eleva questione di *titolo:* vuol che il fatto si riferisca ai famulati o agli omicidj premeditati, anzichè ai furti o omicidj semplici. Se ella l' ottiene, ha fatto mutar *titolo* (ossia specie) al fatto: e il fatto così trasportato in altra sede presenta una *quantità* maggiore, ed incontra la imputazione relativamente dovuta. Ma se poscia il difensore del reo deduce alla sua volta la *minoretà,* o la *ubriachezza* ec.; ecco egli eleva una questione di *grado.* Il delitto non si modifica di *qualità* o di *quantità:* non si muta l' ente giuridico (che consiste in un rapporto di contradizione tra il fatto e la legge) perchè non muta

Digitized by Google

l' articolo che definisce il fatto. È sempre un famulato: e come famulato dovrebbe incontrare quella imputazione che risponde ad un delitto di cotestà qualità, e di cotestà quantità. L' accusato per altro era minore; ebro; era complice e non autore principale: ecco; la imputazione ordinaria attribuita dalla legge a quel titolo di reato si *degrada* per ragioni individuali. Quando pertanto si parla di circostanze aggravanti il delitto, si parla di circostanze che modificando la *qualità* del delitto ne aumentano la *quantità*. Quando si dice che non si conosce *grado* in *aumento*, si suppone che il titolo stia inalterato; e ciò presupposto si nega a ragione potervi essere circostanze *individuali* che *aumentino la imputazione* senza alterare il *titolo* del delitto. Ma se per ultimo venite a considerare che quell' accusato è gravemente infermo, e perciò alla galera che avrebbe (per esempio) incorso sostituite il carcere, ecco, non solo non è per questa circostanza mutata la qualità o quantità del delitto; ma neppure si è degradato il delitto. Bensì si degrada la *pena*. Il criterio differenziale è pronunciatissimo; e non è di parole, poichè tiene ad un ordine differentissimo nelle *idee radicali* o principii che dirigono la misura.

Alcuni criminalisti che hanno riunito nella teorica del *grado* del *delitto* le minoranti colle aggravanti, hanno confuso il *grado* con la *quantità* del delitto. Carmignani nelle prime edizioni dei suoi *elementa*, era egli stesso qui caduto in equivoco. Bene lo corresse nelle ultime edizioni. La dottrina delle *aggravanti* il delitto spetta alla *parte speciale*, e solo alla materia della *quantità del delitto* se ne possono stabilire i criterii normali, come facemmo ai §§. 201 a 206.

Digitized by Google

PRIMA SERIE

Cause diminuenti.

§. 725.

Appartengono a questa serie le circostanze che portano a presumere una *eccezionale sensibilità fisica* nel reo, per la quale la *forza fisica oggettiva* della pena ordinaria si renderebbe di troppo più grave a lui che non agli altri.

§. 726.

Così la *età senile*, il *sesso*, la *sopraggiunta pazzìa*, le *infermità* (1) sono cause nelle pene *afflittive* di applicare una *diversa* pena ai vecchi, alle donne, agli infermi, benchè non siavi causa di minorarne la imputazione. Ciò si fa pel fine che certi patimenti, i quali come pena ordinaria si sopportano senza danno dagli altri, non divengano a costoro cagione forse di morte; e per conseguenza esorbitanti e crudeli. La quantità del delitto, e la imputazione rimangono immote: la proporzione della pena non diviene *geometrica*. Ma si ottiene la giustizia *concreta* senza alterare le regole di giustizia *astratta*. Chiaro è pertanto il confine pronunziatissimo che distingue il grado nel delitto, e il grado nella pena anche in quelle ipotesi nelle quali l' uno e l' altro strettamente derivano da una considerazione di giustizia. Per la degradazione del delitto se ne minorano le forze, e vuol essere imputato meno qualunque

Digitized by Google

sia il genere della pena che gli risponde. Il minorenne è scusato così in faccia alla galera come alla carcere come alla multa. Per la degradazione della pena non si modifica il delitto; ma la pena si degrada perchè il male che la rappresenta diverrebbe relativamente esorbitante. Ora lo influsso di codesta considerazione può colpire una specie di pena, e non colpire l' altra. Il morbo epilettico è causa di non infliggere il carcere con isolamento; ma non è causa di non infliggere la multa. Quando una causa abile giuridicamente a diminuire una data pena si trasporta nella dottrina del grado del delitto, viene a rendersi universale la sua efficacia anche nelle pene ove la ragione della diminuente non ricorre. Così codesta confusione non solo produce errore sotto il punto di vista scientifico e tecnologico, ma genera eziandio gravissimi inconvenienti nella pratica.

(1) A questa serie appella come causa non di *rimettere*, ma di *sospendere* la pena, la *gravidanza* della donna nella sola ipotesi di una condanna a morte. Qui il principio giuridico non deriva da riguardi alla condannata, ma da doverosità di non rendere aberrante la pena uccidendo la creatura innocente che essa porta nel seno. Il costume di sospendere la esecuzione capitale contro la donna incinta risale a tempi remotissimi: Langleo *semestrium lib.* 11, *cap.* 1, *pag.* 709.

§. 727.

A questa serie di cause appella il *carcere preventivo* sofferto dal reo prima della sentenza: il quale *quando ecceda una certa misura* deve essere portato

Digitized by Google

in diminuzione della penalità meritata; perchè il dolore di questa penalità si renderebbe più grave sopraggiungendo dopo i patimenti di una lunga prigionia. Tale è la formula conciliativa con cui si è risoluta la disputa fra coloro che *tutta* la carcere preventiva volevano si detraesse dalla pena; e coloro che *niente* volevano le si avesse riguardo: e questa soluzione ha la sua base nel responso di Modestino alla *leg.* 25 *ff. de poenis.* Dico risoluta dalla scienza nei suoi ultimi pronunciati: imperocchè fra le legislazioni contemporanee molte serbino tuttora l' antico rigore, come per esempio quella di Francia, e quelle foggiate sulla medesima (1). In Francia non solo si ha la maggiore latitudine nello arrestare i prevenuti anche di lievi delitti (del che non è qui luogo a parlare) ma di più non vige provvedimento nessuno perchè nella condanna di un reo tengasi conto della carcerazione preventiva, per quanto oltre ogni misura di umanità siasi prolungata. Il dilemma su cui si sostenne questa rigida dottrina fu il seguente. O il reo si assolve, e non vi è modo di risarcirlo della carcere patita per un ingiusto sospetto. O si condanna, e deve imputare a sè stesso se subì anche questa conseguenza del proprio delitto. Ma la seconda parte di questo dilemma è vera soltanto nei casi in cui il processo siasi compiuto con la necessaria rapidità. È falsa quando o le assenze dei testimoni, o la incuria del giudice, od altre accidentalità delle quali non ha colpa il giudicabile, l' abbiano prolungata. Così la teoria che distingue fra carcerazione necessaria, e carcerazione indebita, è la sola vera, e la sola giusta (2).

Digitized by Google

(1) In Francia non si valuta neppure la carcerazione sofferta pendente un *appello*, o un *ricorso* quantunque ammesso. L' art. 24 del codice d' istruzione è inesorabile. Vedi Chauveau (*théorie* 1, 233) e Bertauld (*leçons de code pénal*, *leçon XIII pag.* 280). Sulla storia della custodia preventiva, e della libertà provvisoria in Francia vedasi Pastoret *les lois pénales*. Sulla doverosità di scomputare il carcere sofferto anche pendenti i termini del ricorso in cassazione, e pendente il giudizio del ricorso sebbene infelice, vedasi la dissertazione del senatore Puccioni nell' appendice al *vol.* 2 del suo dottissimo *commentario sul codice Penale.*

(2) De Rauschenberg (*de l' indépendance civile*, *Paris* 1862) impiega molta forza di argomentazione per dimostrare la doverosità di scomputare ai rei la carcere preventiva nella condanna. Ma questo scrittore in mezzo a tutta la espansione umanitaria del suo cuore generoso, è rimasto trepidante ed esitante. Egli (§. 113) propone che sia *facoltativo* nei giudici di detrarre dalla pena che infliggono il tempo passato in carcere dal condannato prima della sentenza, *in tutto o in parte*. Poi quasi tema di aver troppo allargato la mano, si affretta soggiungere, *purchè mai la pena possa essere elisa nella totalità!* Il che vuol dire che se il reo che soffrì sei mesi di carcerazione preventiva fu autore di un delitto che meriti otto mesi di prigionìa, il giudice può detrargli *tutta* la sofferta. Ma se è un colpevole che risulti meritevole di un mese di carcere, non dovrà godere questo benefizio. Sembra impossibile che in mezzo a tanta magnanimità e filantropìa di che si onora il popolo francese, le tradizioni delle ordinanze, e le dure massime di Jousse e Vouglans (che obliarono i precetti di Tiraquello) abbiano lasciato tracce così profonde da far temere come benignità soverchia verso i malfattori la obbedienza a quei debiti di umanità e di giustizia che altre nazioni riconoscono da lungo tempo. Sembra impossibile come in Francia si conosca sì poco che la To-

Digitized by Google

scana già da ottanta anni scomputa dalla pena la carcere preventiva prolungata oltre il bisogno; e che la scomputa, non per *arbitrio* di giudici, ma per *obbligo* imposto loro dalla legge; e che la sottrae anche quando assorbisce *tutta* la pena da infliggersi, o col decretare che la carcere sofferta *tenga luogo di pena* (formula antica), o col decretare che la pena s' *intenda espiata* con la sofferta (formula moderna). Un dotto Magistrato francese (Bertrand *de la détention preventive, Paris* 1862) si è sforzato di persuadere che le leggi francesi sono più umane delle inglesi in questo argomento. Perchè non si istituisce invece il confronto con le leggi toscane? Io penso che ove ciò si facesse, e si esaminasse il modo con cui si esercita appo noi la custodia preventiva, e se ne mitigano i mali; e si avvertisse che una lunga esperienza ha DIMOSTRATO la convenienza del nostro metodo; non si ripeterebbe più con Bertrand — *essere* DIMOSTRATO *che la legge non può determinare* a priori *i casi nei quali la custodia preventiva deve adoperarsi?*

Queste ed altre note che ho creduto bene di aggiungere, non appariscano agli studenti o superflue o tediose. Esse hanno lo scopo di avvertirli a tenersi guardinghi ora contro certe sottigliezze, ora contro certi arbitrii, ora contro certe durezze; ed a persuaderli che la più pura e sana fra le dottrine criminali è quella della scuola genuina italiana. Nè soltanto le leggi toscane hanno per massima l' abbuono del carcere indebito al condannato. Queste leggi fino dal 30 novembre 1786 sanzionarono il diritto alla *indennità sullo stato* a favore dello assoluto, in ragione del carcere sofferto: vedasi l' art. 46 da me trascritto alla nota a §. 553. Queste idee che a taluno pajono nuove contano quasi un secolo di vita reale fra noi; e mentre ad altri piace farne elogio alla scuola germanica, in Germania si ricorda bene il loro fonte, e si rende il dovuto encomio alla legge toscana, come ha fatto il Van Leuwen nella

Digitized by Google

dissertazione *de damno reo absoluto illato publice resarciendo, Trajecti* 1842.

§. 728.

A questa serie si riferisce pure il *concorso di più* pene, che nei congrui casi è pur esso una *diminuente;* ed ecco in qual guisa. Affermammo (§. 167) che quando un uomo abbia commesso più violazioni di legge, le quali nè si legano l' una all' altra come *mezzo* a *fine* (nel qual caso si unificano per aggravare la imputazione aumentando la *quantità* del delitto); nè costituiscono un *delitto continuato* (lo che porterebbe ad una minorante della imputazione rispetto a quella che dovrebbesi ai due delitti, §. 520); deve l' autore di quelle violazioni tenersi come responsabile di altrettanti diversi delitti: lo che produce lo effetto ch' ei debba incorrere *tutte* le singole pene prescritte a ciascuno di loro.

§. 729.

Tale è la regola. Ma ciò condurrebbe a dover recare il dolore della seconda pena ad un reo già affranto dalla prima; i dolori per la loro aggregazione moltiplicano di *intensità,* sino al punto di rendersi intollerabili: e le più *durate* possono, nella breve vita dell' uomo, rendere perpetua la pena che nel concetto della legge doveva essere temporaria. Queste osservazioni condussero a far riguardare quella regola come contraria ai precetti di umanità.

Digitized by Google

§. 730.

Pure i proseliti del rigorismo facendosi base del frammento di Ulpiano (*leg.* 2 *ff. de privatis delictis)* insistettero su la regola del *cumulo* delle più pene; teoria che dovrebbe prevalere se il fondamento della pena fosse la sola giustizia, o il suo fine la espiazione. Ma al contrario gli umanitarii proclamarono la opposta teoria dello *assorbimento*, consistente nel prescrivere che la *pena maggiore assorbisca la minore*, e sola si applichi come equivalente a tutte per la difesa sociale. Questo secondo metodo più *benigno* dovette prevalere nelle legislazioni più *severe*, per una conseguenza appunto della stessa loro soverchia *severità*. Apparente contradizione, ma che rispondendo al vero mostra come il troppo rigore suicidi talvolta sè stesso. In Francia dove, a modo di esempio, qualsiasi furto semplice è punito col carcere estensibile a 5 anni (e a 10 pei recidivi) la teoria del cumulo avrebbe dato balìa di infliggere ad un mariuolo cinquanta e sessanta anni di carcere, e in altri casi quaranta e ottanta anni di galera. In faccia a così larga misura di *massimi* la teoria del cumulo era sotto un aspetto *impossibile*, sotto un altro *inutile*. D' altronde la lunghezza dei *massimi* è naturale compenso alla negazione del *cumulo;* perchè il giudice potendo serbare il massimo ai soli casi nei quali il giudicabile comparisce accusato di parecchi delitti, si viene a velare lo sconcio della impunità di un reato prodotta da un altro reato. Ciò sta bene; ma lo inconveniente è que-

Digitized by Google

sto che ciò che si sarebbe dovuto fare dalla legge si lascia all' arbitrio del giudice; arbitrio che potendo non sempre esser prudente ci espone a vedere applicare il *massimo* al reo di un delitto solo, e poscia il minimo al reo di parecchi delitti. Ma in generale in Francia non si teme l' arbitrio del giudice quanto lo temiamo noi, e nella fiducia di questo si tollerano certi sistemi a cui la scienza non può applaudire. È questa un' altra osservazione che colpisce in grande le differenziali per cui la scuola Francese si separa dalla scuola Italiana.

§. 731.

In cotesto conflitto nacque una dottrina *eclettica;* che suggerì si distinguesse, ammettendo sino ad un certo punto il sistema del *cumulo;* ed oltre esso quello dell' *assorbimento* (1). Così la dottrina del *cumulo*, nel suo senso *assoluto*, venne ad essere comunemente rejetta. Per tal guisa nella concorrenza di più pene bisogna riconoscere una circostanza diminuente, che si svolge a benefizio dell' accusato quando la somma delle pene meritate eccederebbe, se tutte si irrogassero, una certa misura. Questo è un temperamento di *espediente,* accettabile in mancanza di meglio. Non può per altro sfuggire alle osservazioni del pratico il grave inconveniente di questo metodo, che tratta meglio i maggiori scellerati. Ma forse la scienza non ha ancora emesso l' ultimo suo pronunciato su questo argomento (2).

(1) Il sistema dell' assorbimento è stato adottato anche dal codice Bavaro del 1861: vedasi la *Revue critique tom.* 22, *pag.* 564.

Digitized by Google

(2) La teorica dell' assorbimento è svolta con grande dottrina da Bertauld *(l. c. leçon XIV)* ed è sostenuta da Raffaelli, *nomotesia penale*, 5, 50. Ortolan (§. 1155 *et suiv.)* disapprova entrambo i sistemi con molta esattezza di ragionamento, e propone (§. 1157) una combinazione delle due teorie. Altra combinazione ha ideato il Cons. Bonneville nella monografia intitolata — *du concours des crimes;* che si inserì tradotta dal sig. Augusto Bosellini, nel *n.* 85 della *Temi.*

§. 732.

La *povertà* del delinquente può *sotto un punto di vista* referirsi a questa serie. Ma dico *sotto un punto di vista;* perchè questa causa è di un' indole anomala e proteiforme, secondo la diversa ragione per cui si valuta. Infatti — 1.º se la *estrema povertà* si valuta come scusa in certi delitti contro la proprietà, per la pressione che la miseria esercitò sull' animo del delinquente, siamo alla teoria degli *affetti;* siamo nel *grado del delitto:* la *forza* morale di quel delitto speciale è in quell' individuo minorata per la miseria che limitò il suo arbitrio nella determinazione. In questo senso non si parla di grado nella *pena:* si minora la *imputazione*, e (solo come conseguenza) si ha il resultato della minorazione, non di una od altre specie di pena soltanto, ma di *qualsiasi penalità.* — 2.º Se la *povertà* si guarda come causa che renda *politicamente pericolosa* la irrogazione di una certa pena; ecco non più si parla di *grado nel delitto*, non più di *minorata imputazione:* siamo nel *grado della pena.* E siamo nelle cause *estrinseche* o *politiche;* perchè mu-

Digitized by Google

tando la penalità, la legge non ha riguardo al reo, ma al bene generale. Così in proposito delle pene *pecuniarie* applicate ai ladri poveri, fu osservato che erano *impolitiche;* fu detto che se colui prima della pena rubava per *bisogno*, dopo la pena rubava per *necessità*. In questo senso si calcola la *povertà* nel codice Austriaco, come causa che deve valutarsi nelle pene pecuniarie. Tanto è vero che la ragione della commutazione non è un riguardo al colpevole, che se gli commuta la pena in altra più grave. Evidentemente questa sfera di idee è tutta politica. — 3.° Se infine la *povertà* del condannato si considera per un *riguardo alla famiglia;* ecco non siamo più nè nel *grado del delitto*, nè nelle cause *politiche* di modificare la pena: siamo nelle cause *giuridiche:* poichè la ragione della mitezza trovasi in un principio di *giustizia*, cioè in quello che la pena non divenga *aberrante*, e non ne soffra più l' innocente che il colpevole. Così nel codice Austriaco si ordina ai giudici di mitigare certe *pene afflittive* nella loro *durata*, aggravandole nella *intensità*, se l' accusato ha *una famiglia povera da sostenere*. Qui certamente non può dirsi che il *delitto*, per esempio di ferimento, sia *degradato* per cotesta cagione: neppure prevale una considerazione *politica;* o se vi entra la considerazione di non empire la città di miserabili, questa è accessoria. La ragione principale e movente è la ingiustizia a cui vuolsi ovviare che l' innocente soffra per il colpevole. È dunque una causa *giuridica* determinata *a priori* dalla legge, e della quale pei giudici non è *facoltativa* ma *obbligatoria* la valutazione e l' applicazione.

Digitized by Google

Questi cenni bastino per mostrare che simili distinzioni (in loro esattissime) non sono sofisticherie della scuola, ma verità razionali che svolgono poi nella pratica conseguenze importanti, se sono osservate; confusione, arbitrio, ingiustizia, se sono dimenticate.

SECONDA SERIE

Cause di aumento

§. 733.

A questa serie non spettano quelle circostanze che aggravano il titolo del delitto; come (per esempio) lo scasso nel furto, l'arme vietata nelle lesioni, ec. La dottrina del *grado* non avrebbe limite se così si intendesse. Coteste circostanze portano ad aumentare la quantità della pena per l'aumentata *quantità* del delitto. Esse aderiscono ai *fatti* generici, e ne determinano una modificazione di titolo e di quantità: le cause del *grado* nella *pena* devono essere aderenti alla *persona* del delinquente.

§. 734.

Per trovare gli esempj di questa seconda serie, bisogna dunque supporre che il delitto rimanga nella sua *quantità normale*, e pure si debba *aumentare* la quantità della *pena* per ragioni *intrinseche* a questa. Cause *estrinseche* di *aumento* (già lo notai) non se ne possono ammettere; poichè non può esservi ragio-

Digitized by Google

ne di *politica utilità* che permetta di *esacerbare* contro un individuo la pena oltre la quantità che la legge (in faccia alla quale tutti gli uomini sono eguali) assegna al malefizio.

§. 735.

Io non credo che possa referirsi a questa serie la *forensità:* poichè il *bando* che suole aggiungersi alla pena ordinaria contro il delinquente straniero, non lo considero come *vera pena;* ma piuttosto come *difesa diretta*, o come un rifiuto di ulteriore ospitalità a colui che si mostrò ingrato ed immeritevole della ospitalità ricevuta.

§. 736.

Le cause di *aumentare la pena* si riducono pertanto alla *recidiva* (1). La circostanza cioè che si delinqua da uno che già era stato precedentemente condannato per altro delitto.

(1) Feith *de delicto iterato* — Wofelaer *de concursu delictorum* — Fockema *de iterato crimine* — Hooreebecke *de la récidive* — Bonneville *de la récidive.*

§. 737.

Non può asserirsi che per la recidivanza si accresca la *quantità* del secondo delitto: essa non è niente affatto una ragione di aumento d' *imputazione.* Supporre ciò fu l' errore che cagionò tante gravi obiezioni con-

Digitized by Google

tro la punizione della recidiva. Il reo (si disse) ha già *saldato* la prima partita; e sarebbe ingiusto porgliela a conto una seconda volta. E invano i moralisti declamano contro la maggiore perversità del recidivista: perchè il giure penale, giudice competente della *malvagità dell' atto*, non può guardare alla *malvagità dell' uomo*, senza trascendere oltre i suoi confini. Ora queste censure, sostenute da valenti criminalisti (Carnot, Tissot ec.), non avrebbero replica se il rincaro di rigore contro i recidivisti si volesse ravvisare corrispondente ad un aumento di imputazione (1).

(1) Gesterling, uno dei più caldi oppositori della recidiva, fa questo dilemma: al recidivo o voi volete *tenere a calcolo il primo delitto*, o la *prima pena*. Se il *primo delitto*; siete ingiusti, perchè già glielo avete imputato la prima volta. Se la *prima pena*; siete ingiusti, perchè questa è *fatto vostro*, non *fatto suo*. Ma chi trova la ragione di aggravio contro il recidivo non nei *calcoli della imputazione*, ma nei calcoli della *forza oggettiva* della pena (che deve, per quanto si può, mantenersi in una proporzione *reale* con la forza oggettiva del delitto) si sbarazza presto da cotesto dilemma. Osservò inoltre molto bene il Nypels (*de recidivis* 1828, *pag.* 14) che in *realtà* chi ha già sofferto altra volta una pena, soffre la seconda volta un patimento meno intenso di quello che soffre il neofita delle carceri: laonde irrogandogli la pena *ordinaria* si affliggerebbe *meno* del primo delinquente.

§. 738.

Sicchè la *unica* ragione accettabile per accrescere la pena al *recidivista*, è nella *insufficienza relativa*

Digitized by Google

della pena ordinaria: insufficienza dimostrata dallo stesso reo col suo proprio fatto, cioè con la prova positiva che emerge dal suo disprezzare la prima pena.

§. 739.

Il legislatore prevede che ad un dato delitto possa essere pena bastevole una data quantità di male. E lo è di fatti *per i più*. Che se qualcuno delinque malgrado quella minaccia, si ritiene averlo fatto per non avere sperimentato la pena; e si calcola che la *esperienza del male* che lo colpisca pel primo suo fallo siagli lezione bastante per l' avvenire. E questo secondo calcolo riesce confermato dalla esperienza per il *maggiore numero* dei delinquenti che non ricadono. Ma quando, dopo avere *esperimentato il patimento effettivo*, un condannato torna a delinquere, ci dà chiaro segno di disprezzare quel male: mostra che *per lui* non è freno sufficiente quella somma di patimenti. Rinnovare contro di lui *la medesima pena* diviene in tal caso *futile;* perchè la presunzione di *sufficienza relativa* della *forza oggettiva* di quella penalità è contradetta dal fatto.

§. 740.

Vi è presunta insufficienza relativa della *forza fisica* oggettiva della pena a cagione della insensibilità che costui mostra al male patito. Laonde a cagione di quella natura dello individuo, eccezionalmente più insensibile, bisogna aumentare il castigo se vuolsene ragionatamente sperare un utile effetto. Quando per-

Digitized by Google

tanto il colpevole, niente erudito dalla riportata condanna, torna ad insultare la maestà della legge, e ad attaccare la sicurezza dei cittadini, è egli stesso che dice essere stato troppo mite *per lui* quel primo patimento, che per la generalità dei caduti è pur sufficiente. Egli non può in conseguenza tacciare di ingiusta la società se ricorre contro di lui ad un castigo più grave.

§. 741.

Vi è insufficienza relativa della *forza morale* oggettiva della pena; perchè quello spavento che il primo delitto avea cagionato, e che fu sopito con la punizione del delinquente, in certa guisa torna a risorgere quando questi dopo la pena torna a delinquere. La pena ordinaria non è più farmaco bastante a tranquillizzare i consociati; poiche la esperienza l'ha mostrata inetta a frenare quell'individuo (1). È questo l'ordine d'idee secondo il quale si giustifica il rincaro di *pena* contro i recidivi malgrado il saldo della vecchia partita, e malgrado la permanenza della loro imputazione nello stato normale. È una modificazione nel calcolo della *quantità relativa* della *pena:* e nulla più. La ricaduta dopo la pena patita, mostra (lo dirò con la bellissima formula di Ellero) che la pena *ordinaria* che per la comune degli uomini è sufficiente e come *pena* e come *difesa;* non è sufficiente nè come pena nè come difesa *diretta* in faccia a quella natura eccezionalmente insensibile. Tutt'altro modo di ragionare l'aggravante della recidiva, è arbitrario e fallace.

Digitized by Google

(1) Da tutte queste dispute si sbarazzano i seguaci della scuola *correzionalista:* i quali trovando il fine della pena nella emenda del colpevole, hanno sufficiente ragione di infierire contro il recidivo nella di lui provata incorrigibilità.

§. 742.

La recidiva dicesi *vera* quando il colpevole torna a delinquere dopo avere *espiato* la pena: dicesi *finta* quando esso torna a delinquere dopo la *condanna*, quantunque non abbia sofferto di fatto la inflittagli punizione. Nel primo sistema la recidiva nasce dallo aver *subito la pena:* nel secondo dallo avere *incontrato la condanna.* La recidiva si dice *propria* quando il condannato ricada in un delitto dello *stesso genere:* dicesi *impropria* quando ricada in un delitto di *genere diverso.* La valutazione di questa distinzione presuppone che la recidiva si desuma *più* dal *delitto*, che dalla *pena.* Nelle contingenze pratiche possono dunque verificarsi *quattro* diverse combinazioni — 1.° recidiva *vera* e *propria* — 2.° recidiva *finta* e *impropria* — 3.° recidiva *propria* e *finta* — 4.° recidiva *vera* ma *impropria.*

§. 743.

Tale aumento di pena può poi variare immensamente nella sua pratica attuazione: e varia di fatto secondo le diverse scuole, e nelle legislazioni. Varianti che cadono o sulle *condizioni*, o sugli *effetti*, o sulla *durata* (1) della recidiva.

Digitized by Google

(1) Vedasi lo scritto da me pubblicato sotto il titolo di *Cenni sulla recidiva*, nei miei *Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 5.

Articolo II.

Modificazioni legislative.

§. 744.

Frequenti sono (specialmente nel movimento del nostro secolo) le *mutazioni legislative:* e spesso tali mutamenti cadono sulla materia penale.

§. 745.

Questi mutamenti di legge derivano naturalmente dal progresso *umanitario*, non dal progresso del *diritto;* perchè il diritto (come dicemmo, pag. 13 e §. 10) è *assoluto* e *immutabile*. E se la umanità scopre un *vero* dopo quaranta secoli, non è già che soltanto oggi sia *nato* quel *vero*, non è la *verità* che progredisce; è la umanità che progredendo nel suo viaggio perviene a raggiungerne la conoscenza. Ciò che è *contro il diritto* oggi, era *contro il diritto* anche un secolo addietro, quantunque la legge scritta in allora lo proclamasse, per cagione di un errore, *conforme* al diritto, o viceversa. È questa la ragione per cui oggi (a modo di esempio) non più si abbruciano i maghi e gli stregoni, dei quali si fece così orrenda carnificina in passato. Oltre a ciò il mutamento può avvenire per altri lati: perchè o le mutate con-

Digitized by Google

dizioni politiche di una nazione hanno reso meno importanti certi reati: o perchè la sua cresciuta civiltà, purificandone il senso morale, ha fatto divenire sufficienti alla repressione certi minori castighi, che nella precedente rozzezza, o ferità di quella, non bastavano alla tutela giuridica. Così ne avviene identico resultato per diversa cagione. Ora si muta la penalità perchè si è riconosciuto che è *sempre stata* ingiusta: ora si modifica perchè le mutate condizioni l'hanno fatta *divenire* ingiusta. L'assoluto nel giure sta nei principii: non nei modi della loro applicazione, che debbono naturalmente variare.

§. 746.

La progressività umana porta dunque di necessità a cotesti mutamenti anche nel giure penale. E per quanto *in fatto* possa accadere (e troppo spesso accada) che una legge nuova lungi dal progredire e raggiungere un vero, retroceda invece, e devii da un vero già conosciuto (come avvenne in Francia quando nel 1824 si vollero ristabilire le pene contro i *peccati*); pure cotesta aberrazione, se può deplorarsi dalla scienza e lamentarsi dal popolo, non può ammettersi dal magistrato, pel quale la legge vigente, suprema interprete del diritto, è incriticabile. In faccia al magistrato che deve qualificare la indole del fatto addebitato al giudicabile, la *legge attuale* è sempre conforme al vero diritto, e ne era difforme la legge abrogata.

Digitized by Google

§. 747.

Ciò posto, è evidente che siffatta condizione di *presunta giustizia* della legge attuale rende interessantissima la indagine relativa agli effetti che le variazioni nelle leggi penali possono esercitare sui fatti consumati sotto la legge modificata.

§. 748.

Certamente simile indagine non cade sui *fatti compiuti:* e tali si considerano rimpetto alla penalità i delitti già *giudicati* irrevocabilmente dai tribunali. Se questi furono colpiti con la pena vigente al giorno della sentenza, la legge diversa sopravvenuta anche prima della totale espiazione della pena, non può retroagire, nè rinnovarne l' esame *giudiciale:* e solo l' autorità governativa, quando la legge nuova sia più mite, potrà provvedere per via di grazia; la quale in cotesti casi può divenire talvolta un *vero dovere* (1).

(1) Queste parole che io scriveva nel 1860 trovai poscia meritevoli di nuovo esame quando nel 1865 il Progetto di nuovo Codice penale Italiano presentò un articolo pel quale indistintamente imponevasi che anche le condanne irretrattabilmente pronunciate innanzi dovessero, per ciò che rimaneva della loro esecuzione, modificarsi secondo la legge nuova: e le mie opinioni in proposito le espressi nel mio *primo foglio di lavoro* su quel progetto di codice, inserito nei miei *opuscoli vol.* 2, *opuscolo* 14, *pag.* 17.

Digitized by Google

§. 749.

Ma la indagine è interessante per quei delitti già consumati, che al venire della nuova legge o non erano ancor giudicati, o lo erano revocabilmente. Quando di quei fatti viene a conoscersi *ex integro*, o perchè *non mai* giudicati, o giudicati in modo revocabile per l' *appello*, o per la *purgata contumacia* del reo; dovrà loro applicarsi la legge che vigeva al dì del reato; o quella che vige al giorno della sentenza? Ecco una questione *transitoria* (1).

(1) Vedasi Roberti *vol.* 2, *pag.* 35.

§. 750.

In quanto il delitto si considera come fatto, esso è consumato inalterabilmente. Esso è tale quale nacque; e gli eventi posteriori non hanno potenza di cangiarne un atomo.

§. 751.

Anche in quanto il delitto si considera come *ente giuridico*, costituito dal rapporto di contradizione tra il *fatto* e la *legge* (§. 35.), potrìa dirsi che egli ebbe, eziandio sotto questo aspetto, il suo compimento nel giorno in cui nacque. Ma l' ente *giuridico* ha bisogno di continuar la sua vita fino al momento in cui opera il suo ultimo effetto. E se a cotesto momento quella vita si è modificata perchè il rapporto tra il

Digitized by Google

fatto e la *legge* è cambiato, la vita dell' ente giuridico o cessata o modificata non si trova più in quelle condizioni che le occorrono per operare quel dato effetto: e più non deve produrlo.

§. 752.

Bisogna dunque riconoscere che la *nuova* legge penale può esercitare una influenza anche sul delitto *anteriore.* Ma cotesta influenza non può determinarsi senza ricorrere a distinzioni importanti.

§. 753.

Qui devesi innanzi tutto avvertire che se la nuova legge modifica i rapporti di competenza, ella è sempre retroattiva; perchè legge procedurale, e perchè l' opposto sistema genererebbe immense difficoltà nella pratica. Deve pure avvertirsi che se la legge nuova ha proceduto con l' *abolizione* di un *modo di penalità*, applicare l' antica pena incorsa al momento del delitto è divenuto un *impossibile.* O sia dunque *più grave*, o *più leggero* il nuovo *modo* di punizione, ella è una necessità per il giudice applicar questo: salvo al legislatore di provvedere alla equità della proporzione con adatte disposizioni transitorie. In tali due casi la legge posteriore è, per una *necessità materiale*, sempre retroattiva.

§. 754.

Ma quando il *modo* di penalità (per esempio la casa di forza, la galera) è conservato; e per conseguenza

Digitized by Google

materialmente possibile lo applicarla anche ai delitti anteriori; e la legge nuova ne varia o nella *specie* o nella *quantità* la irrogazione relativa a certi delitti, dovrà egli ai delitti anteriori applicarsi la pena antica o la nuova?

§. 755.

Il principio della non *retroattività* della legge non è assoluto in materia penale. E perciò la *mutazione di legge*, sebbene trascurata dai vecchi istitutisti, deve nella scienza figurare tra le cause *giuridiche* (o intrinseche alla pena) di modificare la misura di punizione che sarebbesi incorsa dal delinquente ove si fosse giudicato al momento del suo malefizio (1).

(1) Non impugno poter talvolta la legge nuova con la sua modificazione esprimere un giudizio sulla *imputazione* del delitto, anzichè un giudizio sulla *penalità*. Lo esame di questi casi avrebbe dovuto pertanto cadere in altro luogo; e precisamente là dove si parlò delle modificazioni, non delle pene, ma della *imputazione*. Ciò avrebbe portato a ripetere la teorica in due luoghi. E perciò ho preferito di ometterla alla materia della *imputazione*, e riserbarla intera a questo luogo; sì perchè la verità dei principii non ne soffre; sì perchè il caso più ordinario è quello che la nuova legge modifichi soltanto la *penalità*; sì perchè sempre la modificazione della *penalità* è la conseguenza *sensibile* della innovazione. Sarebbe una modificazione non di *pena* ma di *quantità* di delitto, quando la legge nuova (a modo di esempio) dicesse che il famulato non si consideri più come furto qualificato: ecco, in questa ipotesi *la penalità* dei furti qualificati è inalterata; si è modificata la *nozione di un delitto*. Al contrario modifica soltanto la *pe-*

Digitized by Google

nalità la legge nuova che dica (a modo di esempio) i danni dati non si puniscano più col *carcere*, ma con la *multa:* ecco, in questa ipotesi non si altera la *nozione del delitto*, ma puramente la *penalità*. Ma nell'ordinare un corso teoretico se si ponesse mente a tutte queste possibili varietà, si cadrebbe in infinite ripetizioni. È necessità raggruppare i principii generali che regolano certe questioni, in un dato luogo, sebbene in qualche caso speciale siffatta collocazione possa sembrare meno esatta.

§. 756.

Nessuno osa asserire che il principio della *non retroattività* debba tacere *in odio* del delinquente. Se la nuova legge dichiara delitto ciò che non lo era; o infligge ad un reato più gravi pene di quelle che comminava l' antecedente; il fatto che nacque sotto l' antica legge ha ormai quesito al delinquente il diritto di non vedere deteriorata la sua sorte per le nuove idee del legislatore. Il delitto è un ente giuridico costituito dal rapporto di contradizione tra un fatto e la legge: non può esistere contradizione tra ciò che si fa e una legge che *ancora non è*.

§. 757.

Ma nel caso rovescio il principio della *non retroattività* deve cedere in faccia a riguardi non solo di umanità o di politica (che in tal senso la causa non sarebbe *giuridica)* ma bensì a precetti di *stretta giustizia*.

Digitized by Google

§. 758.

Cosa dice la nuova legge che modifica la penalità di un delitto? Essa proclama che a quel delitto era *ingiusto* lo irrogare quella pena che l'antica legge incautamente gli comminava. Ora sotto l'impero di questa nuova legge il magistrato applicherebbe il rigore della legge abolita, adagiandosi sul pretesto che al giorno del delitto, per l'errore oggidì corretto dal legislatore, *si credeva giusta* l'antica pena. Sarebbe *secundum jus scriptum*, ma non *secundum justitiam* (1).

(1) Lo stesso ragionamento procede quando la nuova legge abbia reso arbitraria nel giudice una pena che prima era *assolutamente determinata*. Così il nuovo codice di Baviera del 1861 si elogia generalmente perchè ha restituito all'arbitrio del giudice una larghezza maggiore nella determinazione delle pene: e si ripete che questo è un progresso, perchè le *idee del giorno* e lo stato attuale della scienza esigono codesto arbitrio. Non è qui luogo a discutere se questo ritorno alle idee di un secolo addietro, e questo ravvicinamento alla proporzione *armonica*, sia veramente un progresso. Chiunque confronti ciò che oggi si scrive per mostrare che è un progresso accordare larghezza all'arbitrio del giudice; e ciò che si scriveva 60 anni addietro onde persuadere che era un progresso togliere ai giudicanti ogni arbitrio, comprenderà facilmente che l'una o l'altra volta si è abusato della parola *progresso*. Ma sia che vuolsi di ciò, certo egli è che quando la legge nuova accordi tale arbitrio, la medesima influisce sui delitti anteriori, sebbene non parli tassativamente, purchè il giudice dell'arbitrio novellamente concesso usi a favore soltanto dell'accusato.

Digitized by Google

§. 759.

Di qui la regola che la legge penale posteriore *più mite* si applica anche ai delitti *anteriori* non ancora definitivamente giudicati.

§. 760.

Questa regola inconcussa si estende anche al caso di *ripetute variazioni* di legge. Se alla legge antica più severa fu sostituita una legge più mite, e poscia tornossi alla pristina severità; il delitto commesso sotto la prima legge deve, malgrado la terza, profittare della *mitezza intermedia*, perchè al pubblicare della seconda legge aveva il delinquente quesito il diritto alla di lei mitezza; nè il *ritardo* nel giudicarlo deve tornare a suo danno, nè questo diritto può essere a lui per la terza legge ritolto. Vedasi Raffaelli *nomotesia penale vol.* 5, *pag.* 63.

§. 761.

Tali sono i principii generali su questo argomento: essi in sostanza si ispirano alla regola della *prevalenza della mitezza* (1); la quale può dirsi assoluta. Questi principii per altro sono gravidi di difficoltà nella loro pratica applicazione.

(1) La Corte di Cassazione di Napoli col Decreto del 10 marzo 1865 insegnò che in ogni caso di mutazione di

Digitized by Google

legge penale dovesse ai giurati proporsi duplice questione: l'una formulata con gli estremi della legge antica, l'altra con gli estremi della legge nuova; affinchè potesse poi giudicarsi se il fatto per le circostanze che lo accompagnano incontri severità maggiore o minore in faccia alla vecchia o alla nuova legge. Ciò parmi comprovare che decidere qual sia la legge più mite (sebbene dipenda da questioni *di fatto*) sia poi una vera pronunzia di diritto.

§. 762.

Finchè trattasi di mutazione di *specie* di pena, o di mutazione nel solo più o nel solo meno della *quantità*, siamo nel caso semplice, e la soluzione del quesito pratico è facilissima. Ma la difficoltà sorge nel caso complesso. Cioè quando la legge nuova presenta non una mutazione del solo *maximum* o del solo *minimum* della durata della pena; ma una mutazione di ambedue. Suppongasi che la legge del 1852 punisse un fatto col carcere da un mese a quattro anni: e la legge del 1853 lo punisca col carcere da uno a tre anni: o viceversa. Deve giudicarsi oggi un fatto avvenuto sotto la vecchia legge. Ammessa la regola astratta che debbasi applicare la più mite, resta a decidere qual è di quelle due la più mite. Se si guarda ai *minimi* è *più mite* l'antica; se si guarda ai *massimi* è *più mite* la nuova.

§. 763.

Alcuni (Chaveau, Morin, Haus §. 87, ec.) insegnarono che debba aversi come più mite la legge

Digitized by Google

che abbassa il maximum. Ma se contemporaneamente eleva il *minimum,* non si viene egli alla conseguenza che un fatto, a cui per la sua levità, quando fu commesso si sarebbe irrogato un mese di carcere, non possa più per la legge nuova (giudicata *più* mite per l' abbassamento del *maximum).* applicarsi meno di un anno?!

§. 764.

Altri (Bertauld, Trebutien ec.) pensarono doversi dire sempre più mite la legge che abbassa il *minimum.* Ma se contemporaneamente eleva il *maximum,* non ne viene egli la conseguenza che a quel reato, a cui per la legge vegliante al giorno della sua consumazione non poteva irrogarsi più di tre anni di carcere, se ne infliggano quattro in virtù della legge posteriore, sotto lo specioso pretesto che la nuova legge è più mite?!

§. 765.

Altri (Le Sellier) immaginò un calcolo di *proporzione;* e fece dipendere la soluzione del quesito dal vedere se è maggiore l' aumento del *maximum,* o l' abbassamento del *minimum.* Ma questa formula (sebbene forse matematicamente sia vera) giuridicamente è in sostanza arbitraria, e non ripara a nessuno inconveniente. E poi se per avventura le differenziali si eguagliano, non scioglie il problema.

Digitized by Google

§. 766.

Altri opinò doversi lasciare al reo la *scelta*, e dargli facoltà di dichiarare quale delle due leggi egli considera come più mite. Sistema repugnante al principio che non ammette convenzioni in materia penale. Altri pensò di riunire le due leggi, e applicarle ambedue in ciò che avevano di più mite. Ma questo sistema fu censurato dalla Corte di Cassazione di Firenze: la quale riconobbe assurdo che un *fatto unico* si giudicasse contemporaneamente con *due* leggi.

§. 767.

A me pare che la questione non possa risolversi con una proposizione *assoluta:* perchè quando nella comparazione di due leggi vi sono due lati difformi, nell' uno dei quali prevale il rigore, nell' altro la mitezza, è impossibile trovare l' assoluto in cosa che è in sè stessa variabile; e dare una unica definizione ad una cosa che ha due modi di essere affatto difformi.

§. 768.

Dovrebbe dunque, a mio credere, decidersi innanzi tutto la questione della quantità e del grado d' imputazione del fatto; e con questa ricerca stabilire preliminarmente se al fatto criminoso del giudicabile nelle sue speciali condizioni risponde il grado massimo o il grado minimo della imputazione.

Digitized by Google

§. 769.

Risoluto in ciaschedun caso questo primo problema con una formula speciale, si rende tutto facile allora il decidere se la mitezza maggiore stia nella legge che abbassa il *maximum* o nella legge che abbassa il *minimum*. Niente esige che si sciolga il problema con una proposizione assoluta dove l' assoluto è impossibile; niente repugna che la prevalente mitezza non si determini per una formula astratta e costante destinata a colpire tutti i giudicabili, quando questa può riescire in un numero di casi fallace e contradittoria al suo stesso principio. Niente repugna che la si determini invece per un calcolo concreto, che mai non inganna.

§. 770.

Analoga è la questione transitoria che sorge circa la mutazione di legge sulla *prescrizione*. Se il delitto fu commesso sotto una legge che stabiliva la prescrizione (per esempio) a 10 anni, e poscia (per esempio) nell' anno successivo la legge variata ha portato il termine a 5, o a 15 anni; i colpevoli che incoarono la prescrizione sotto la prima legge, ove siano arrestati nel primo caso dopo 6 anni, o nel secondo caso dopo 11, potranno essi invocare la prescrizione?

§. 771.

La questione si complica in questo argomento per la natura proteiforme della *prescrizione;* la quale sotto

Digitized by Google

un aspetto sembra legge di *forma*, e sotto un altro legge di *sostanza*.

§. 772.

Se la prescrizione si considera come legge di *forma* o procedurale, la regola è che coteste leggi sono di natura loro retroattive. Se si considera come legge di *sostanza* vince la regola opposta. Quindi il conflitto dei sistemi.

§. 773.

Alcuni la considerarono come legge di *forma:* e dissero doversi applicare sempre la *legge nuova*. Questo sistema trovò obiezione nel principio che le leggi sopravvenute non possono mai *deteriorare* la sorte del delinquente.

§. 774.

Altri la considerarono come legge di *sostanza;* e dissero doversi applicare sempre la *legge antica*. Questo sistema, benchè più logico (perchè il reo subisce sempre la posizione che si è fatta) trova pur esso ostacolo — 1.° nelle considerazioni di ordine pubblico che dominano la prescrizione — 2.° nell' assurdo che possa vedersi coperto da prescrizione un delitto commesso (per esempio) *sei* anni addietro; mentre si perseguita, perchè non prescritto, un reato uguale commesso *nove* anni addietro.

Digitized by Google

§. 775.

Merlin, che troppo spesso portò nelle materie penali il criterio del civilista, immaginò un sistema di *ratizzo* istituito sopra una ragione composta del tempo richiesto dalla legge antica, del tempo richiesto dalla legge nuova, e del tempo decorso tra la consumazione del delitto e la pubblicazione della nuova legge. La differenza fra la risultante di cotesta proporzione e il termine nuovo, rappresenta il tempo che occorre al colpevole per compire la prescrizione (1). Ma questo sistema è, come ognun vede, *arbitrario*, e non applica nè la legge vecchia nè la legge nuova, ma una legge creata da Merlin. Pure anche qui l' autorità di tanto uomo fu soverchiante, e riuscì per un momento a fare adottare cotesto suo sistema dalla pratica dei tribunali francesi.

(1) Sia, per esempio, 10 anni il tempo antico; sia 6 il tempo consumato; sia 20 il termine nuovo — 10 : 6 : : 20 : 12 — occorrono al reo non 14 come nel primo sistema, nè soli 4 come nel secondo, ma altri 8 anni per prescrivere. Sia invece 12 il termine antico; sia 4 il tempo consumato; sia 6 il termine nuovo — 12 : 4 : : 6 : 2. — Il colpevole non prescrive con altri due anni come nel primo sistema; nè gliene occorrono altri *otto* come nel secondo sistema; ma gliene abbisognano altri *quattro*, differenza tra la risultante della *proporzione* e il termine nuovo.

§. 776.

Ma lo stesso Merlin dovette poscia ricredersi, e richiamare la stessa pratica dall' errore in cui l'aveva

Digitized by Google

sospinta. Sicchè può dirsi ormai abbracciato generalmente, e nella teoria e nella pratica, un quarto sistema sostenuto con più razionalità da valenti criminalisti. Sistema che proclama doversi delle due leggi applicare sempre quella che era *più favorevole all' accusato*, o fosse tale la vecchia o fosse la più recente che immutò il termine della prescrizione, sia dell' *azione*, sia della *pena*.

§. 777.

Cotesto sistema guarda la prescrizione come legge di *sostanza:* esso, quando la legge più favorevole è l' antica, è dominato dal principio inconcusso di giustizia, che la legge nuova non può deteriorare le sorti del reo: mentre, quando la più favorevole è la nuova, si appoggia al principio che la prescrizione in materia penale è di ordine pubblico.

§. 778.

Sicchè tutta questa dottrina della influenza giuridica che la legge nuova può esercitare sulle pene applicabili ai fatti anteriori, si riassume in una sola formula, che offre la soluzione di tutti i problemi e di tutte le combinazioni possibili. In tale argomento — *prevale sempre ciò che più torna in favore dell' accusato.* — Ecco la ultima verità alla quale deve condursi cotesta teorica.

FINE DELLA SECONDA SEZIONE

Digitized by Google

SEZIONE TERZA

DEL GIUDIZIO CRIMINALE

CAPITOLO I.

Nozioni generali del giudizio *penale.*

§. 779.

In senso *ideologico* la parola *giudizio* esprime la operazione intellettuale con cui l' uomo congiunge due idee, per rilevarne una proposizione.

§. 780.

Spesa in senso *giuridico-penale* cotesta parola può usarsi ad esprimere l' operazione intellettuale suddetta, con cui ricongiunte le idee di *delitto* e di *penalità*, con applicazione ad un dato fatto, e ad un determinato individuo, si perviene ad affermare o a negare come proposizione risultata da un calcolo razionale, la reità dell' individuo e la doverosità del castigo.

§. 781.

Ma più comunemente cotesta voce si usa ad esprimere il complesso delle condizioni *materiali*, che ser-

Digitized by Google

vono di stromento a quella operazione finale, e che meglio rendono certi della sua conformità al vero.

§. 782.

Il *giudizio* in questo secondo senso, guardato cioè nel complesso della sua materialità, è un subietto il quale ha per obietto il giudizio nel primo senso puramente intellettuale. Infatti il giudizio nel suo aspetto *esteriore* non ha la ragione del suo essere in sè stesso: ma solo l' ha nel suo obietto; perchè le condizioni esteriori del giudizio penale non hanno altra causa razionale di vita, se non nel bisogno di far nascere un giudizio intellettivo conforme al vero.

§. 783.

Nel senso puramente *obiettivo* il giudizio soggiace alle regole della logica; e più specialmente di quella che dicesi *logica giudiciaria*. È una dottrina di ragione, il cui completo svolgimento esce dai limiti dell' insegnamento nostro.

§. 784.

Nel senso *subiettivo* il giudizio penale offre il *terzo fatto*, di cui deve occuparsi la scienza criminale. E deve occuparsene sempre sotto un punto di vista astratto; indipendentemente cioè dalle procedure che vigono appo i diversi popoli.

Digitized by Google

§. 785.

Essa si occupa di questo terzo fatto per ricercare i principii di assoluta ragione, che devono osservarsi acciò non rimangano inoperosi praticamente i principii rilevati nello studio dei due primi fatti. Questa terza Sezione della nostra teoria guida pertanto a doppio argomento.

§. 786.

In primo luogo richiama alla determinazione delle *persone* materialmente indispensabili al giudizio penale. In secondo luogo richiama alla determinazione del *rito* che quelle persone dovranno osservare. E in questa doppia ricerca essa viene a definire tanto i poteri dell' autorità legislativa, quanto quelli dell' autorità giudiciaria, ed a moderare l' arbitrio dell' una e dell' altra.

§. 787.

Definisce i poteri del legislatore quando segna le regole cui deve obbedire nel dettare le condizioni materiali destinate a guidare alla assoluzione o condanna di un cittadino, contro il quale si chieda la irrogazione della pena.

§. 788.

Definisce i poteri del magistrato, quando segna le regole che questi deve osservare nell' eseguire gli atti esteriori del giudizio obbedendo al rito che il legislatore ha prescritto.

Digitized by Google

§. 789.

In coteste due definizioni di poteri procede sempre la scienza con la scorta di principii di assoluta ragione e per lo scopo precipuo che il giudizio con l' essere giusto estrinsecamente riesca tale intrinsecamente (1).

(1) La giustizia *intrinseca* consiste nell' essere la proposizione finale (giudizio ideologico) conforme al *vero*. La giustizia *estrinseca* consiste nello essersi osservate le forme che la ragione e la legge prescrivono Perciò diceva acutamente Ayrault *(l' ordre et formalité judiciaire. Paris* 1598) — *giustizia umana non è che forma.* Perchè l' uomo non può aver presente con certezza apodittica ciò che è assolutamente giusto: onde il pubblico non può per una prodigiosa intuizione, aver la coscienza della giustizia intrinseca di un giudicato. Egli lo presume giusto quando lo vede germogliare da una serie di atti perfettamente ossequenti alla ragione e alla legge. I cittadini hanno diritto di sospettare ingiusta una sentenza che potrà essere in faccia all' astratto vero intrinsecamente giusta, se è nata al seguito di rito irrazionale, arbitrario, illegittimo. E per l' effetto politico tanto vale che la sentenza sia ingiusta, quanto che si abbia ragione dal popolo di sospettarla tale.

§. 790.

Così la teoria del giudizio completa la parte generale della scienza nostra: ed è l' anello fra la ragione pura e la ragione pratica delle dottrine penali.

Digitized by Google

§. 791.

Il giudizio penale così estrinsecamente guardato si definisce: — *una serie di atti solenni, coi quali certe persone a ciò legittimamente autorizzate, osservato un certo ordine e forma determinata dalla legge, conoscono dei delitti e dei loro autori, acciò la pena si storni dagli innocenti, e si infligga ai colpevoli.*

§. 792.

Inteso in cotesto senso il *giudizio* criminale comprende tanto quella serie di atti coi quali si procede alla *investigazione* del fatto, e che si indicano col nome di *processo;* quanto quell' ultima serie mercè la quale si ottiene la formazione e la manifestazione del giudizio intellettuale, e che si indicano col nome di *discussione*, e *sentenza.*

§. 793.

Il giudizio criminale deve percorrere una serie di momenti; i quali nei varii sistemi possono essere più o meno delimitati, e distinti, ma che in tutti esistono con caratteri particolari.

§. 794.

Tali momenti o fasi del giudizio sono quattro. La *preparazione* del giudizio: lo *iniziamento:* la *consu-*

Digitized by Google

mazione o *esecuzione:* la *correzione.* E queste sue diverse fasi offrono altrettante serie di forme, nelle quali si suddivide la gerarchia dei magistrali poteri, e il complesso degli ordinamenti procedurali (1).

(1) Atti *preparatorii* sono quelli coi quali, dato il primo impulso *(eccitazione)* al giudizio, si raccolgono materiali *(investigazione)* della futura consumazione del medesimo. Questi possono dividersi in atti di mera *cognizione*, e atti di *istruzione;* e i secondi possono poi suddividersi in istruzione *preliminare*, e *ordinaria.*

Atti *iniziativi* del giudizio sono quelli con cui si cerca *se*, per qual *titolo*, contro *chi*, *dove*, con *quali materiali*, e *quando*, si farà il giudizio.

Atti costitutivi o *consumativi* del giudizio sono tutti quelli coi quali procedesi alla definitiva formazione, e all' ultima manifestazione del giudizio intellettuale, che si attende da chi ha l' autorità di decidere le sorti di un giudicabile.

Atti *correttivi* sono quelli coi quali un giudizio già consumato si sottopone a sindacato, al fine di emendarlo se apparisce viziato, o sospetto di errore. Questi atti secondo i varii sistemi, e i diversi casi assumono il nome di *appello*, *revisione*, *cassazione.*

Il complesso delle forme occorrenti a tutte quelle serie di atti, costituisce la procedura penale; *speculativa* se studiasi a diritto costituendo; o *pratica* se studiasi a diritto costituito. È evidente da ciò che quei legislatori i quali al codice di *procedura penale* hanno dato il titolo di codice di *istruzione criminale*, sono caduti in una figura rettorica, attribuendo al tutto il nome di una parte.

§. 795

Ciascuna di quelle fasi ha regole e criterii speciali: ma tutte subordinate a dei principii generali asso-

Digitized by Google

luti; che vogliono essere prestabiliti dalla scienza, risalendo alla *origine* del giudizio, od al suo *fine*, onde rilevarne le sue *condizioni essenziali*.

CAPITOLO II.

Origine storica *del giudizio.*

§. 796.

Appena l' uomo ebbe concepita la idea che chi violava l' altrui diritto doveva incontrare un male in punizione del suo fatto, fu necessità logica che il giudizio nel suo senso *obiettivo* immediatamente sorgesse. Cioè che si eseguisse quella operazione intellettuale con cui accertatisi che taluno ha violato un diritto, se ne trae la conseguenza del male da irrogarsi al medesimo.

§. 797.

Ma finchè tale irrogazione si presentò alle menti sotto sembianza di una reazione di vendetta privata, il subiettivo e l' obiettivo del giudizio si confusero naturalmente. La forma estrinseca del giudizio non potè essere che tutta privata, arbitraria, tumultuaria; e per conseguenza niente giuridica. In tale stadio le regole di procedura non avevano altra norma che la logica naturale, quando essa non era soverchiata dallo sdegno. Offesa privata, giudizio privato, vendetta privata. Gli stessi individui riunivano in loro la passione della offesa, il diritto alla punizione, il giudizio, e persino

Digitized by Google

la esecuzione del castigo. Sicchè spesso il giudizio, dettato dall' odio, era una nuova violazione del diritto; e spesso riesciva inetto per mancanza di forza bastevole ad eseguirlo.

§. 798.

La religione, prima civilizzatrice della umanità, si intromise in coteste lotte brutali che perpetuando le guerre private insanguinavano la terra. La prima parola di *giustizia* fu proferita agli uomini a nome di Dio (1). Nè poteva essere altrimenti: poichè genti use soltanto a rispettare la forza, non avrebbero concepito nè rispettato un principio di ragione, che attribuisse superiorità ad esseri loro inferiori di forza. Il concetto di giustizia non poteva accettarsi in questa sua prima promulgazione, se non si associava alla idea di una forza divina, arcana, invisibile, ma sovrastante a tutte le creature.

(1) È un fatto positivo che tutti i primi legislatori dei popoli imposero le loro leggi come dettate da un nume. Ritengono gli eruditi che gli oracoli Delfici ed i misteri Eleusini non fossero già istituiti per predire il futuro, ma per rendere giustizia sulle questioni presentate a loro, ed avessero precipuamente uno scopo legislativo e giudiciario. Vedasi la dissertazione dell' Hommel *de Apolline jurisperito.*

§. 799.

Resa prevalente nel delitto la offesa alla divinità, e nella pena la idea di una espiazione al nume oltraggiato, il giudizio penale dovette coordinarsi a cotesta nuova corrente di pensieri.

Digitized by Google

§. 800.

Perciò nel periodo teocratico e semiteocratico vediamo i sacerdoti (i quali avevano incominciato con l' intromettersi come protettori del delinquente avverso le esorbitanze delle private vendette) divenire i soli giudici del delitto e i distributori della punizione: ora come moderatori e misuratori della vendetta privata, perchè le due idee cominciarono dal consociarsi; poi come liberi dispositori della vendetta di Dio.

§. 801.

Il giudizio subiettivo in questo secondo periodo non poteva essere, e non fu (come ne accerta la storia delle razze semitiche) che una cerimonia religiosa. Di qui la parola *supplicium* insieme con altre che sono rimaste nel linguaggio della scienza, e nella pratica penale, e che tutte rivelano le origini religiose del giudizio punitivo; alle quali continuarono a dare omaggio anche i cittadini divenuti giudici dopo che ebbero strappato dalle mani del sacerdozio lo esercizio della punitrice giustizia (1).

(1) Per codesta idea in Atene i rei di delitto di sangue si perseguitavano a nome delle Eumenidi; e l'Areopago, al quale era riservato il diritto di giudicare i delitti contro le persone, affermava di avere ricevuto dagli Dei il potere che esercitava: vedasi Dugit *Etude sur l' Areopage Athenien, Paris* 1867. Sembra però che si distinguesse fra delitti e delitti, e la idea della vendetta divina riservata alla perse-

Digitized by Google

cuzione dei più gravi misfatti facesse luogo alla idea della vendetta dell' offeso nei delitti minori.

§. 802.

Ma i potenti delle nazioni mossero guerra agli ordinamenti teocratici. Di qui la lotta tra il sacerdozio e l' impero: alleati a prestarsi mutua assistenza contro ogni tentativo di popolare emancipazione, poscia, cessato il pericolo, osteggiantisi a tutta oltranza per contendersi la dominazione delle genti sommesse.

§. 803.

Non ultimo oggetto di tali lotte fu il poter giudiciario. Anche le autorità temporali passarono attraverso il procedimento pel quale erano venute le autorità religiose ad intromettersi nella cognizione dei reati. Voglio dire assumendo i capi delle nazioni l' ufficio di protettori dell' offensore contro l' offeso, e interponendosi per giudicare dei limiti entro i quali doveva restringersi l' esercizio per parte di questo del diritto alla vendetta. Ma poichè col progredire dei lumi si corressero le vecchie nozioni, e fu ravvisata come dominante nel delitto la idea di una offesa alla società, e nella pena la idea di una vendetta sociale, poterono le autorità secolari, costituitesi vindici della nazione, strappare poco a poco al sacerdozio l' autorità giudiciaria. E primi i delitti di indole politica, ultimi quelli di indole religiosa, vennero a sottoporsi alla cognizione dell' autorità civile. Ed ecco i re giudici: ecco i comizi

Digitized by Google

popolari, i senati conoscitori dei delitti e delle punizioni, secondo le varietà dei politici ordinamenti. In questo terzo stadio la giustizia si rende sempre a nome della nazione, sia che si rappresenti dal re, dagli ottimati, o da tutto il popolo riunito in comizio. Nei governi monarchici la sentenza è un decreto, o rescritto; negli altri un senatoconsulto, od un plebiscito.

§. 804.

Anche in questo terzo stadio il giudizio soggettivo non potè avere che forme arbitrarie. Essendo giudice il legislatore, poco fruttificava la idea di un *rito* inalterabile costituito come freno dei giudicanti.

§. 805.

Ma da un lato la moltiplicazione delle cure governative, dall' altro lato la repugnanza che chi rappresentava l' offeso giudicasse dell' offensore, condussero alla creazione di un ordine speciale di cittadini; cui l' autorità sociale (o di re, o di magnati, o di plebe) delegasse o perpetuamente o temporariamente l' esercizio della potestà giudiciaria. Ecco la origine della magistratura.

§. 806.

A quest' ultimo periodo dovette bene sentirsi la necessità di ordinamenti procedurali, limitanti l' arbitrio di coloro che, eletti giudici, si elevavano ad una potestà sui loro eguali, la quale dove fosse rimasta sbri-

Digitized by Google

gliata poteva di facile rendersi pericolosa. Cosicchè il giudizio criminale nella forma esteriore non assunse una fisonomia pronunciata fino a questo quarto periodo. La idea di giustizia non si disconobbe mai neppure nei periodi precedenti; ma la giustizia nel primo stadio doveva foggiarsi a quella figura che le imponeva lo sdegno: nel secondo dovette assumere le tinte del fanatismo: e subire nel terzo i suggerimenti della paura. Laonde le forme giudiciali, arbitrarie nel primo stadio, convertite in riti superstiziosi nel secondo, atteggiate autocraticamente a norma dei bisogni nel terzo, solo nel quarto acquistarono la nobile divisa di ordinamenti razionali sovrastanti all' uomo che giudica il proprio simile. I codici di procedura penale, ignoti ai primi periodi, dovettero nascere nel quarto: e nacquero effettivamente, perchè la storia dei fatti risponde perpetua nel corso dei secoli al progresso delle idee, e allo svolgimento della umana ragione.

CAPITOLO III.

Origine filosofica *del giudizio penale.*

§. 807.

Frutto di tale svolgimento si fu che la civiltà moderna non più si appagasse di un cieco ossequio. Essa avviata una volta a cercare la ragione del proibire e del punire altrove che nel fatto dei suoi maggiori, dovette cercare eziandio con criterio analogo la ragione del giudicare. Di qui la indagine sulla origine *filosofica* del giudizio penale.

Digitized by Google

§. 808.

Ma o si cerca la ragione di essere del giudizio penale guardato *obiettivamente* — pronuncia dell'uomo sullo stato di reità o di innocenza dell'altro uomo: o si cerca la ragione di essere del giudizio penale *subiettivamente* guardato — forme che circoscrivono l'autorità giudiciale. Passivo del primo è il solo giudicabile: passive del secondo, insieme con lui sono tutte le persone che nel giudizio intervengono.

§. 809.

Se si cerca la origine filosofica del *giudizio penale* nel primo senso, poco vi vuole a riconoscervi una deduzione spontanea della origine filosofica della pena.

§. 810.

Se la legge eterna dell'ordine impone all'uman genere la società e l'autorità civile per la tutela del diritto; se per le condizioni dell'umana natura non può questa tutela dall'autorità sociale attuarsi senza la minaccia di un castigo da infliggersi a chiunque violi il diritto; è uno stretto corollario di tali verità che dagli identici principii, dai quali emana la legittimità del divieto e della minaccia, derivi del pari la legittimità del giudizio. Necessario è il giudizio affinchè verificatasi la previsione del delitto, divenga reale la irrogazione del castigo: necessario è che il giudizio sia un atto di ra-

Digitized by Google

gione; come dovette essere un atto di ragione proibire il fatto violatore, e minacciare la pena.

§. 811.

Ma dall' essere appunto una necessità logica che il giudizio obiettivo vi sia, e che sia il risultato di un atto di ragione, trae spontanea la sua origine filosofica il giudizio *subiettivo:* ossia un ordine subiettivo di forme che conduca in modo razionale al discoprimento del vero.

§. 812.

Se procedono da principii di ragione assoluta e da leggi immobili la nozione del delitto e della pena, non può non sottostare ad altrettanti dommi di ragione assoluta il giudizio, che è il pratico congiungimento di quei due fatti. Come vi sono principii inalterabili che imperano al legislatore nell' atto in cui proibisce e minaccia il castigo; forza è che vi siano principii inalterabili, a cui debba subordinarsi l' atto del giudicare.

§. 813.

Ora questa necessità di ottenere un giudizio ideologico sulla reità e sulla punizione, che sia atto di ragione presuntivamente conforme al vero, conduce alla ulteriore necessità che il legislatore prescriva un rito impreteribile agli uomini destinati a giudicare, e che a cotesto rito scrupolosamente si uniformino i giudicanti.

Digitized by Google

§. 814.

Cosicchè società civile, autorità, divieto, pena, giudizio, sono una catena indissolubile di fatti, che tutti risalgono ad un sommo principio, comune a tutti loro — *la necessità in cui è posta per la sua destinazione la umanità, che sia tutelato il diritto.* Necessità derivante non dall' ordinamento politico, ma dalla legge naturale dell' uomo, la quale è prima causa assoluta di cotesto ordinamento. Intuito dell' autorità civile è di frenare la violenza degl' individui: intuito del giure penale è di frenare la violenza del legislatore: intuito degli ordinamenti procedurali è di frenare la violenza dei magistrati: le quali tre forme di violenza (come già osservava Bacone) sono tutte ugualmente nemiche del diritto, è perniciose ugualmente.

§. 815.

E ricordisi che si deve riconoscere la origine del giure penale non nella necessità della *difesa sociale,* ma nella necessità della *difesa del diritto.* E si avverta (come sopra notai) che le due formule sono essenzialmente difformi. Perchè la *difesa della società* potrebbe in certi casi portarsi a legittimare anche la violazione del diritto individuale, allargando il pericoloso dettato *salus publica suprema lex esto;* lo che nel giure penale non può concedersi, perchè sostituendo la dominazione della utilità alla dominazione (che sola è legittima) della giustizia conduce le leggi alla violenza: men-

Digitized by Google

tre invece la formula *difesa del diritto* non ammette cotesto possibile.

§. 816.

Laonde dovendo essere il giudizio penale l'ultimo strumento della tutela del *diritto*, è evidente che gli ordinamenti procedurali vogliono essere composti a doppio servigio: tutela cioè del diritto che hanno i buoni alla punizione del colpevole; e tutela del diritto che ha il giudicabile di non essere sottoposto a punizione senza demeriti, od oltre la giusta misura dei suoi demeriti.

§. 817.

Non si può raggiungere il vero concetto razionale degli ordinamenti di procedura punitiva, se non si pone mente allo scopo della tutela del diritto in questo suo duplice aspetto. Di qui nasce difficoltà massima per chi si pone a dettar regole di rito penale: difficoltà voglio dire di conciliare la tutela del diritto dell'accusato, con la tutela del diritto dei consociati (1).

(1) Nel conflitto fra questi due bisogni qual è che deve prevalere? Senza dubbio quello di tutelare il diritto dell'accusato. E la ragione cardinale di siffatta risposta è palpabile: perchè se si viola il diritto a danno dell'accusato si cagiona un male *certo* e *positivo*, la condanna dell'innocente; mentre se preferendo l'assoluzione nel caso di dubbio si è (in faccia all'arcano vero) violato il diritto che avevano i consociati alla punizione del colpevole, non si è prodotto che un mero *pericolo*. Cosicchè la differenziale fra conseguenza e conseguenza è precisamente quella che in-

Digitized by Google

tercede tra l' *affrontare un male* e l' affrontare un *pericolo*. Di più al male reale della condanna dell' innocente torna a congiungere un doppio pericolo anche pei consociati: cioè 1.° il pericolo che il vero colpevole così rimasto impunito ne tragga argomento a nuove lesioni del diritto: 2.° il pericolo che su ciascuno incombe di essere alla sua volta vittima di un errore giudiciario; pel quale i cittadini esitano fra il timore delle delinquenze, ed il timore delle aberrazioni giudiciali e si sentono sempre meno sicuri e la giustizia diviene antipatica. Scrisse Pastoret — vi sono nel giure penale degli assiomi così apodittici quanto possono esserlo quelli delle matematiche: e come tale, e come il più positivo fra questi, bisogna riconoscer quello che proclama — *Satius esse impunitum facinus relinqui, quam innocentem damnare.* Nessuno oserebbe oggidì a fronte scoperta impugnare questa verità. Ma però le tradizioni dell' antica barbarie fanno ripetere talvolta anche oggidì quella bestemmia, che una sentenza assolutoria sia uno *scandalo* politico. Scandalo vero sarebbe vedere i tribunali condannar sempre; e dei giudici a cui sembrasse commettere un peccato assolvendo; e che tremassero come per febbre, e sospirassero come per infortunio nel firmare le assoluzioni, senza tremare nè sospirare nel firmare le condanne. Scandalo vero: perchè con ciò assumerebbe profonda radice nel popolo la funesta idea che i giudici criminali siedano per condannare, e non per amministrare imparziale giustizia. Ciò ucciderebbe ogni fiducia nella giustizia umana, facendo ravvisare come ragione della condanna non l' esser convinto colpevole, ma l' essere accusato. Le sentenze assolutorie sono la riprova del conto. Esse onorano la magistratura, e rafforzano la fede nelle sentenze condennatorie; come le tempestive contradizioni di amico ce lo fanno più caro perchè ci assicurano di non avere al fianco un adulatore. Le sentenze assolutorie assodano nei cittadini la opinione della propria sicurezza. Mentre invece le condanne precipitate su fallaci argomenti generano in chi rifletta un sentimento di

Digitized by Google

pericolo, più pauroso assai che nol sia la impunità di un colpevole. Il desiderio, che taluni careggiano fino alla monomanìa, di veder sempre condannare l'accusato, è un'aberrazione dalla ragione penale; è un insulto alla umanità: come è una irriverenza alla magistratura il lamentare le assoluzioni.

CAPITOLO IV.

Fine *del giudizio.*

§. 818.

Se il giudizio penale si guarda nel suo complesso, e cioè tanto nel senso obiettivo quanto nel senso subiettivo, il suo ultimo *fine* coincide col fine della pena: vale a dire, è il ristabilimento dell' ordine turbato dal delitto. Guardato il giudizio nel suo rapporto con quest' ultimo fine (che quanto al giudizio subiettivo è *mediato)* esso ha un carattere eminentemente *politico.* È uno strumento per riparare al male politico del delitto.

§. 819.

Ma se si considera il giudizio nel suo aspetto esteriore, come un complesso di atti materiali che serve a fare emergere il giudizio intellettuale, bisogna riconoscervi un *fine* più prossimo e *immediato:* quello cioè di procurare che il giudizio intellettuale riesca conforme al vero: in una parola che il limite della giustizia, non soverchiabile nel proibire e nel minacciare la pena, non sia soverchiato nel giudicare. Senza ciò la legge giusta nei suoi dettati astratti, potrebbe divenire ingiusta nelle sue applicazioni concrete.

Digitized by Google

§. 820.

Tale essendo il *fine* del giudizio guardato esteriormente (come complesso cioè di fatti materiali che preparano il giudizio intellettuale) torna da ciò a dimostrarsi che nel modo stesso che il giudizio in senso obiettivo soggiace alle leggi assolute della ragione, la quale in questa sua funzione assume il nome di *critica;* così il giudizio in senso *subiettivo* soggiace pur esso a dei principii di assoluta ragione, che insegnano certe forme e condizioni doversi ammettere e adoperare nel giudizio; certe altre non doversi ammettere, e doversi anzi proibire; e certe altre potersi indifferentemente ammettere, o non ammettere.

§. 821.

La esistenza di tali principii assoluti mostra il perchè anche la parte procedurale formi oggetto del giure penale filosofico. Senza ciò la procedura non potrebbe elevarsi al grado di dottrina scientifica: essa non sarebbe che un' arte; perchè non volendo confonderla con lo insegnamento della critica giudiciaria, il suo insegnamento non sarebbe che l' arida analisi dei veglianti codici di procedura.

§. 822.

Ma se esistono cotesti principii assoluti, dai quali non può preterire nè il legislatore nell' ordinare il rito

Digitized by Google

penale, nè il magistrato nell' applicarlo, anche la materia dei giudizi è opportuno argomento di una scienza, ed una parte che non può intramettersi nella esposizione del giure penale speculativo.

§. 823.

Le forme del giudizio possono entro certi limiti variare col mutare dei costumi e dei tempi: ed essere anche, entro certi confini, in piena balìa del legislatore, e da questo commettersi alla balìa dei magistrati. Ma ciò non può dirsi di tutte le forme: perchè il giudizio penale non è un mero strumento della politica, la quale galleggia a seconda delle correnti. Esso è strumento indispensabile a che la decisione sull' accusa non aberri dai limiti della giustizia. Dunque come inserviente ad un fine assoluto, non può non essere subordinato a dei precetti assoluti. Precetti che non è dato conculcare nè a principe nè a magistrato senza offendere la giustizia: dai quali precetti se aberra il legislatore cade in tirannide; se ne aberra il magistrato cade in abuso di autorità.

§. 824.

La ricerca di tali principii (ossia delle *condizioni essenziali* che devono accompagnare il giudizio penale) è lo scopo di questa parte della nostra teoria: e siffatta ricerca conduce alla partizione naturale delle materie.

Digitized by Google

CAPITOLO V.

Condizioni essenziali del giudizio in generale.

§. 825.

La natura del giudizio criminale, che lo destina ad essere un atto di ragione, il suo principio fondamentale, i suoi fini, concorrono a persuadere che devono esservi nel giudizio delle *condizioni essenziali*, assolute, indispensabili al medesimo in tutti i luoghi, in tutti i tempi, e sotto tutte le forme alle quali si atteggi. *Condizioni* che non possono mancarvi senza far degenerare il giure penale in un abuso di forza.

§. 826.

Tali condizioni vogliono esser desunte o dal *fine mediato* del giudizio subiettivo, che è la repressione del disordine (§. 818): o dal suo fine immediato, che è la discoperta del *vero* (§. 819) ossia la giustizia. Esse appellano o alle *persone*, o agli *atti*.

§. 827.

Le *persone* impreteribilmente necessarie al giudizio penale sono tre: *accusatore*, *reo*, e *giudice*.

§. 828.

La persona dell' *accusatore*, o sotto uno o sotto altro nome, o con maggiori o con minori attribuzioni,

Digitized by Google

è assolutamente necessaria al giudizio: perchè la innocenza essendo lo stato naturale e condizione ordinaria di tutti i cittadini, non può sorgere dubbio od inchiesta circa la *eccezionale* qualità di colpevole in alcuno, senza un' affermazione di tale eccezione. E la necessità dell' affermazione conduce alla necessità di un affermatore.

§. 829.

La persona del *reo* è pure indispensabile per ragione assoluta. Un giudizio non può essere un dardo lanciato al vento, ma bisogna che sia diretto contro qualcuno. E quest' uno, tostochè viene a sospettarsi e conoscersi, bisogna che prenda parte al giudizio che si instaura contro di lui; essendo inumano non solo, ma illogico, che si possa condurre a fine una investigazione sulla reità di alcuno, e proclamandolo colpevole sottoporlo a punizione, senza aver chiamato a fare le sue parti in tale disamina colui contro il quale è diretta.

§. 830.

La persona del *giudice* è non meno indispensabile, perchè tra l' accusatore che afferma ed il reo che nega, rimarrebbe perpetuamente perplesso il problema, alla cui soluzione tende il giudizio subiettivo, se non vi si intromettesse un terzo imparziale, che decidendo tra quella affermazione e negazione respettiva, procacciasse il giudizio obiettivo nel senso della reità o della innocenza.

Digitized by Google

§. 831.

Gli *atti* che debbono, sotto uno od altro nome o forma, tutti ritrovarsi sempre nel giudizio penale sono quattro: la *contestazione dell' accusa:* la *prova:* la *difesa:* la *sentenza.* Queste quattro condizioni, che io dico *essenziali* alla forma del giudizio in qualsiasi metodo, rispondono ai quattro atti essenziali che sono impreteribili in ogni ricerca che voglia istituirsi in conformità della *buona logica* — 1.° esporre il dubbio — 2.° raccogliere gli argomenti che possono chiarire il vero — 3.° discutere gli argomenti raccolti — 4.° decidere.

§. 832.

La *contestazione dell' accusa* è la concretazione e manifestazione del problema presentato alla giustizia. È imprescindibile che ad uno o ad altro momento del giudizio la si faccia: perchè essendo necessario al discoprimento del vero che si desidera lo intendere l' accusato, sarebbe assurdo che l' accusato si condannasse senza udirlo o si volesse udire senza avergli fatto conoscere ciò che l' accusa afferma contro di lui.

§. 833.

La *prova* credettesi un tempo che non fosse essenziale al giudizio, quando nei secoli barbari si pensò che la sola accusa bastasse a costringere l' accusato a *purgarsi.* La idea torta che un' accusa bastasse ad obbligare il reo a *purgarsene* fu quella che introdusse

Digitized by Google

le *ordalie*, gli *esperimenti*, i *duelli* giudiciarii; e per ultimo i *giuramenti purgatorii* del reo, e dei suoi alleati detti *conjuratores*. Ma il progresso dei lumi portò alla rettificazione di cotesto assurdo concetto. Taluno senza accorgersene lo riproduce inavvertitamente tuttora, obiettando al reo di non essersi a sufficienza *purgato* dall' accusa: perchè i vecchi errori lasciano pur troppo dietro loro delle vestigia, se non altro nel linguaggio; e il linguaggio torna troppo spesso a traviare le idee: onde quelle vestigia, benchè appena percepite, non cessano di essere perniciose. L' accusato non ha obbligo di *purgarsi* di niente; perchè la reità, quantunque presentata dall' accusa sotto forma di teorema; se è tale per lui, è sempre un problema per tutti gli altri: nè può produrre contro gli interessati altro effetto tranne di attenderne la soluzione. Ma col negare ha il reo bastantemente repulso l' accusa, nè altro dovere gli corre finchè l' accusatore non *prova* — *Reus inficiando vincit*. Fu il giure canonico quello che restituì cotesto omaggio alla ragione con grande benefizio alla umanità e servigio al vero; proclamando come necessità la *prova* anche nei giudizi penali, onerando di tal prova l' attore, ed elevando a domma scientifico e pratico anche in criminale la regola *actore non probante reus absolvendus:* domma che a certi tempi parve una novità. Dopo ciò non lice più dubitare che la *prova* sia uno degli *atti essenziali* di cui non può fare a meno il giudizio penale. Può questo fatto della prova riescire incompleto, ed il risultato del giudizio sarà allora l' assoluzione. Ma supporre un giudizio senza neppure un tentativo di prova, sarebbe un assunto ridicolo.

Digitized by Google

§. 834.

La *difesa* è pure atto necessario al giudizio, poichè il cittadino accusato si vuole spogliare di un suo diritto in pena di un maleficio che gli si obietta; ora ogni diritto porta seco per legge naturale la facoltà di tutelarlo. E come la stessa legge di natura dà all'uomo la facoltà di tutelare il suo diritto mediante l' uso della forza contro un' aggressione violenta; così gli dà la facoltà di tutelarlo con le armi della ragione contro un attacco giudiciario. I Romani riconobbero il diritto di difesa anche negli schiavi — *leg.* 19 *ff. de poenis.*

§. 835.

Finalmente la *sentenza* (la quale altro non è che la formazione e la *manifestazione del giudizio* obiettivo, a cui tendeva, come a sua meta, tutta la serie degli atti esteriori che costituirono la materialità del giudizio) è tanto impreteribile nel giudizio stesso, che senza la medesima non può mai dirsi esaurito. Essa ne è una necessità non solo giuridica, ma veramente ontologica.

§. 836.

Il buon andamento della giustizia può esigere nel giudizio ulteriori *persone accessorie;* richieste o per la *guarentigia* del vero, come i cancellieri (1) o per rispetto alla *dignità* del tribunale, come uscieri, cursori ec.; ma queste persone secondarie, che non tengono alla es-

Digitized by Google

senza principale del giudizio, se meritano speciali provvisioni per parte dei legislatori, non richiamano la scienza a serie considerazioni.

(1) La persona del *Cancelliere* io pongo fra le accidentali del giudizio perchè al concetto astratto del medesimo essa non è intrinsecamente necessaria, e si hanno esempi di giudizi minimi che si consumano senza l' intervento della medesima. Ma guardato il giudizio sotto un punto di vista pratico bisogna persuadersi che il suo intervento nelle cause di qualche importanza è indispensabile a completare le guarentigie. Posto infatti come necessità assoluta che certe forme di *rito* sieno integralmente osservate in tutti i giudizi penali, è manifesto il bisogno di avere una certificazione di tale osservanza. Questa certificazione non può affidarsi nè allo accusatore, nè al reo o suo difensore, perchè animati da contrario interesse: non può affidarsi al giudice perchè il rito essendo prescritto come freno a lui stesso non può essere in sua balìa lo affermare la propria obbedienza. Di qui il bisogno della dualità di persona nella scritta procedura: di qui il bisogno nel giudizio orale di una quarta persona la quale abbia lo speciale incarico di conservare testimonianza di quanto fu detto o fatto nel giudizio affinchè da tale testimonianza possa conoscersi se il rito fu doverosamente osservato, e quali furono le respettive dimande opposizioni e pronunzie. È chiaro da ciò che la legge sacramentale del rito è tutta consegnata alla fede del Cancelliere. Ed è pur chiaro da ciò che questo ufficiale deve essere affatto *indipendente* nel momento supremo del giudizio da tutte egualmente le parti che v' intervengono. Egli non deve discutere nè giudicare; ma soltanto registrare scrupolosamente tutto quanto si fa e tutto quanto si dice o dallo accusatore, o dal reo, o dai testimoni, o dal difensore, o dai giudici. In ciò egli non subisce altro impero tranne quello della verità. Questa è il suo superiore, a cui deve religio-

Digitized by Google

samente obbedire rifiutandosi con coraggio a registrare nel suo verbale qualunque cosa contraria al vero che a lui vogliasi imporre da altri qualunque siane la autorità. Un Cancelliere che scriva o non scriva, e corregga e muti a talento del giudice, è un controsenso logico, un traditore del proprio ufficio; e la guarentigia che da lui aspetta la giustizia diviene effimera, ed assurda e ridicola la sua presenza.

§. 837.

Del pari può il materiale svolgimento del giudizio richiedere altri *atti accessorii* oltre li enumerati: ma anche questi come attenenti più alla parte esecutiva che alla parte razionale del giudizio, non offrono argomento di particolari teoriche.

§. 838.

In una parola le altre persone ed atti possono essere e non essere nel giudizio criminale, secondo il variare delle forme. Ma le sette condizioni essenziali che prendiamo in esame (l'intervento cioè nel giudizio di quelle *tre* persone, e di quei *quattro* atti) sono imprescindibili sotto qualunque sistema, come verrà chiarito dalla loro particolare ispezione. In ordine a tutte queste deve esistere in ogni Stato una *legge di rito:* la quale sia, in ciò che attiene alla sostanza, sacramentale: e che deve dettarsi con obbedienza a principii di ragione assoluta, e ricordando quella gran verità insegnata da Montesquieu: *le forme nei giudizii civili sono sempre* troppe, *nei giudizi penali sono sempre* poche.

Digitized by Google

§. 839.

Ma prima di passare alla partita esposizione di siffatte *condizioni essenziali*, è opportuno completare le notizie storiche sul giudizio, descrivendo sotto un punto di vista generale i vari metodi di procedura penale, che hanno prevalso o prevalgono appo i diversi popoli; poichè siffatti metodi influiscono sul modo di attuazione delle *condizioni* anzidette.

§. 840.

Cotesti metodi non possono essere che tre, e si conoscono sotto il nome di processo o giudizio *accusatorio;* giudizio *inquisitorio;* giudizio *misto.*

CAPITOLO VI.

Caratteri del processo accusatorio.

§. 841.

Il metodo *accusatorio* fu nei giudizi criminali la forma primitiva. Anzi finchè nel delitto e nella pena primeggiò il concetto dell' interesse *privato*, era questa la unica forma possibile.

§. 842.

Esso ha per base il principio che nessuno possa tradursi a giudizio senza un' accusa che altri *sostenga*

Digitized by Google

contro di lui appo le autorità competenti. Ma il metodo accusatorio nel suo primordio storico conferiva la facoltà di accusare soltanto all' offeso e suoi congiunti. Poscia quando nel delitto si riconobbe una offesa sociale, la facoltà di farsi accusatore dovette estendersi a chiunque del popolo, salve certe restrizioni di incapacità fisica o morale. Niente peraltro repugna che questo metodo si adatti ancora a riconoscere l' accusa come esercizio di un pubblico ufficio conferito temporariamente a qualcuno. Ma il metodo accusatorio puro non può funzionare utilmente che sotto un reggimento politico estremamente libero.

§. 843.

I caratteri speciali di questa forma sono:

1.° La piena *pubblicità* di tutto il procedimento.

2.° La *libertà* personale dell' accusato fino alla definitiva condanna.

3.° La *parità* assoluta di diritti e di poteri fra l'accusatore e l' accusato.

4.° La *passività* del giudice nel raccoglimento delle prove sì a carico come a discarico.

5.° La *continuità* di contesto.

6.° *Sintesi* in tutto il procedimento.

§. 844.

Questo sistema presenta in massimo grado le guarentigie della libertà civile agli accusati; ma lascia in grave pericolo la tutela del diritto dei consociati; e

Digitized by Google

non è possibile che in un popolo eminentemente educato alle virtù cittadine.

CAPITOLO VII.

Caratteri del processo inquisitorio.

§. 845.

Il metodo *inquisitorio* tragge il suo nome dai *quaesitores* dei romani; che furono in origine cittadini incaricati eccezionalmente dal senato di investigare *certi* speciali delitti. Ma le prime basi del processo inquisitorio come forma *ordinaria* le gettò Diocleziano; e venuto poi a prevalere sotto gli imperatori di Oriente, ebbe nel secolo XII il suo definitivo ordinamento (1) a sistema da Bonifazio VIII. In Francia fu inaugurato questo metodo da Luigi XII nel 1439: e sviluppato da Francesco I coll' ordinanza di Villers Cotteret del 1539, ebbe conferma dall' ordinanza del 1670 di Luigi XIV. Vedasi l' analisi di questa procedura in Becot *de la justice repressive pag.* 237 *et suiv.* In Germania il metodo inquisitorio fu introdotto nelle procedure penali mercè la costituzione criminale Carolina. E sebbene (come osservarono Mittermaier, Biener ed altri) la Carolina mantenesse qual procedura ordinaria la forma accusatoria, e solo come modo sussidiario istituisse la inquisizione, pure a poco a poco la inerzia dei privati nell'accusare, e la solerzia dei magistrati nello inquisire, fecero andare in completa dissuetudine il metodo accusatorio. Onde e per ossequio

Digitized by Google

al giure canonico, e ad imitazione di ciò che per legge positiva in Francia, e per consuetudine prevalea nell' impero, parecchie genti vennero sostituendo all' accusa il sistema inquisitorio che durò per lungo tempo quasi universale in Europa. Esso è il metodo che più specialmente si addice ai reggimenti dispotici.

(1) Non vedo accertabile per sicuri documenti che il processo inquisitorio scomparisse completamente da tutta Europa nel periodo che precedette il secolo decimoterzo o ne rimanessero qua e là alcune traccie specialmente per delitti minori. Neppure può accertarsi il preciso momento in cui esso acquistò dominazione universale nelle singole Province d' Italia; nè dove ciò avvenisse per legge e dove per consuetudini. Trovo che nel 1288 già in Bologna era costituito un Potestà il quale inquisitoriamente procedeva per qualsivoglia delitto, e torturava ed infliggeva le pene anche con arbitrio di vita. A chiarire questo punto nebuloso occorrerebbero occhi e tempo per frugare negli archivi. Ma io mi permetto di dubitare che la forma inquisitoria non cessasse mai interamente e si mantenesse per le accuse contro la bassa plebe e i più triviali reati, e la forma solenne delle Assise fosse serbata alle accuse contro i magnati ed ai processi di maggiore importanza. Non trovo nessun documento storico il quale mi assicuri che un villano accusato di furto si ammettesse di fatto nelle provincie d' Italia a purgarsi da un' accusa di furto mediante campione e duello. Ho cercato d' illuminarmi su ciò anche parlandone con amici e colleghi eruditissimi, ma senza frutto.

§. 846.

Esso presuppone *pubblici ufficiali* che sotto il nome di procuratori del fisco, od altra analoga deno-

Digitized by Google

minazione, abbiano lo speciale potere ed incarico della ricerca e persecuzione dei delitti.

§. 847.

La inquisizione dicesi *generale* finchè cerca il *materiale* e chi sia il *probabile autore* del delitto. Dicesi *speciale* quando concentrasi contro un *determinato* individuo, avverso il quale prima si *prepara* e poi si *trasmette* la inquisizione.

§. 848.

I caratteri del processo *inquisitorio* sono:

1.° Concorso di segreti *denunciatori*, che informino il magistrato inquirente dei delitti e delinquenti da loro scoperti.

2.° *Direzione delle prove* in piena balìa del giudice.

3.° Istruzione *scritta* dal principio fino al termine: e così anche *difesa* scritta.

4.° Procedimento costantemente *segreto*, non solo in rapporto ai cittadini, ma anche rapporto al giudicabile stesso, alla cui presenza niente si fa, tranne eccezionalmente la *confrontatio;* ed a cui non si comunica il processo finchè non è compiuto, ed in stato di trasmissione.

5.° *Carcerazione preventiva* del giudicabile, e sua assoluta *segregazione* da ogni contatto con altri, fino al momento della difesa.

6.° *Interruzione* di atti: e così emanazione di sentenza a tutto agio del giudice.

Digitized by Google

7.º Ordine *analitico* fino alla trasmissione della inquisizione speciale.

§. 849.

Questo metodo di giudizio non presenta altra sostanziale guarentigia, tranne la coscienza e religione dei magistrati.

CAPITOLO VIII.

Caratteri del processo misto.

§. 850.

La forma *mista*, della quale si ha qualche traccia nella transizione romana dalla repubblica all' impero, è la più adatta a quelle nazioni ove il popolo gode di una moderata libertà politica. Perciò è sorta a grande favore nella civiltà moderna; e va poco a poco introducendosi appo tutte le culte nazioni. Anche la Prussia la ha adottata con la legge del 17 luglio 1846: e da indi in poi venne sempre più a dilatarsi in Germania (1). In Toscana, dopo alcuni parziali esperimenti, già si era istituita col motuproprio del 30 agosto 1838.

(1) Cotesto progresso è principalmente dovuto agli energici sforzi del Mittermaier che non cessò mai di propugnare le libere istituzioni nella procedura penale con molte sue pregevoli monografie, e nel 1845 col suo aureo

Digitized by Google

libro intitolato *il processo orale*. I congressi scientifici germanici riuniti a Francofort nel 1846, e a Lubecca nel 1847, prepararono il terreno a quelle riforme liberali che vennero rapidamente allargandosi dopo i moti politici del 1848.

§. 851.

Il giudizio penale *misto* sta fra il processo accusatorio puro, e l' inquisitorio, come la monarchia costituzionale sta fra la repubblica, e il governo dispotico.

§. 852.

È impossibile definire *tassativamente* li speciali caratteri che può avere il giudizio *misto;* appunto perchè è nella natura di ogni essere *misto* la perpetua variabilità, derivante dalla maggiore o minor prevalenza dell' uno sull' altro elemento di cui si fa la mistura.

§. 853.

Il concetto generale del processo *misto* non è la *compenetrazione* dei due processi, per guisa che ne sorga un *terzo* metodo tutto speciale: non è la *mixtio* in senso proprio; è piuttosto la *riunione* e l' alternamento di ambedue le vecchie forme. Non è il metallo corinzio risultato dalla fusione di molti metalli: è un mobile del quale una parte è di rame e una parte di argento; in cui possono le parti erose prevalere sulle argentine, e viceversa a piacimento dell' artefice.

Digitized by Google

§. 854.

La mistura del moderno giudizio penale sta nel fare *due processi distinti:* l' uno dei quali è tutto inquisitorio, l' altro ha certi caratteri dell' accusatorio. Laonde in questa forma bisogna distinguere i due periodi che la compongono.

§. 855.

Il processo misto presuppone un ufficiale specialmente investito dei poteri di deferire i delitti alla cognizione della giustizia, e *sostenerne* la persecuzione. Ma questo ufficiale non è (almeno nel concetto della sua istituzione) un irenarca (1); nè un avvocato fiscale, che solo cerca ciò che nuoce allo inquisito. È un *pubblico ministero* che rappresenta la legge; e che perciò deve assumerne la imparzialità; ed esser sempre *indifferente dei risultati* delle sue ricerche, purchè tali risultamenti appariscano conformi alla verità esteriore. Tale almeno è il nobile concetto di cotesto ufficio in teoria.

(1) Sui caratteri e funzioni dello antico *irenarca* dissertò Schwartz *exercitationes academicae, exercitat.* 6, *pag.* 234.

§. 856.

Nel primo periodo il processo misto è *inquisitorio.* Istruzione *scritta.*

Digitized by Google

Assoluto *segreto*.

Preventiva *carcerazione* e segregazione dell'imputato.

Direzione dell' investigamento nell' arbitrio di un giudice che dicesi giudice istruttore, con maggiore o minore subordinazione alle richieste del pubblico ministero.

Intervallo arbitrario fra atti ed atti.

Procedimento sempre *analitico*.

Decisione segreta, o senza difesa (1) o con sola difesa scritta, sullo invio dell' imputato a giudizio, o sulla sua provvisoria scarcerazione.

(1) Si agita da qualche tempo con crescente calore tra i filosofi più amici del progresso e della libertà civile, la idea che nel processo misto debba accordarsi allo inquisito un difensore anche nel primo periodo. Il principio su cui poggia cotesto disegno è sacro: gravi sono i pericoli che minacciano la innocenza anche in quel primo stadio: la carcerazione preventiva e la segregazione sono un male talvolta più sentito che non la pena nella quale finalmente s' incorre; e la incertezza e il pensiero di essere alla balìa di un giudice istruttore senza protezione ne accresce le angoscie. Io ebbi un accusato il quale per il tedio della segreta ed il sospetto di una persecuzione nemica, tentò il suicidio, e poi fu chiarito innocente. Sarebbe dunque desiderabile che dal primo momento in cui per segrete denunzie e spesso per falsi sospetti piomba la inquisizione sopra un cittadino, potesse egli e la famiglia sua porre in moto lo zelo di un patrono che facesse argine alle preoccupazioni, e spesso alle ostinazioni di un giudice istruttore eccessivamente zelante e tenace, e crudele talvolta per abitudine o per infelice natura. Ma a questa santa idea fa grande ostacolo lo interesse di tutelare il diritto: perchè temesi che lo zelo imprudente, o il calore partigiano del patrono penetrando

Digitized by Google

nel segreto della inquisizione ne disturbi i movimenti, distrugga le prove, o le attraversi per guisa da rendere impossibile il discuoprimento del vero. A tutto si credette provvedere sottoponendo la inquisizione alla vigilanza del pubblico Ministero; e ciò potrebbe bastare se la imparzialità e la diffidenza delle preoccupazioni dello inquisitore fossero sempre la divisa dell' ufficiale che ne sostiene le parti. Siffatta idea peraltro che può ragionevolmente nodrirsi finchè nel pubblico Ministero si vede un *magistrato*, diviene repugnante quando cotesto magistrato si voglia convertire in un organo del *potere esecutivo*. Un tentativo di provvedere alla difesa dei rei durante il procedimento scritto fu fatto dal codice di Carlo Emanuele III del 1770 ricordato da Dessalles, *détention preventive pag.* 53, 57. Più recentemente si occuparono i dotti nei loro congressi di questo importante argomento come è a vedersi negli *Annales de l'Association Internationale pour le progrès des sciences sociales, troisième session, Congrès d'Amsterdam, pag.* 165 *et seg.* Vedi anche Morin *Journal du droit criminel, n.* 8252.

§. 857.

Compiuto questo primo periodo col decreto d' invio, il processo misto passa al secondo stadio, nel quale assume i caratteri del processo *accusatorio*.

Da quel momento nasce la *pubblicità*.

Si emette dal pubblico ministero un libello con cui si *contesta l' accusa* contro il reo; che dall' essere *inquisito* passa così alla condizione di *accusato*.

Cessa l' *analisi*, e comincia la *sintesi*.

Si intima un giudizio solenne, che dovrà farsi al cospetto del *pubblico*.

Digitized by Google

Si dà libera *comunicazione* al giudicabile, e al difensore che impreteribilmente deve assisterlo, di tutti gli atti della inquisizione.

Gli si dà *notizia dei testimoni* dei quali si varrà l' accusa nel nuovo processo.

Il processo intero si ripete *oralmente* alla udienza pubblica; e gli atti del processo scritto non sono valutabili se non si riproducono nel processo orale.

Sempre alla udienza pubblica, in presenza del popolo dell' accusato e suo difensore, l' accusatore deve riprodurre e sostenere l' accusa; l' accusato le sue discolpe; i testimoni e periti le loro affermazioni; e il difensore esporre le sue ragioni.

In pubblico si deve leggere la *sentenza*.

Tutto deve eseguirsi senza *interruzione*, cioè senza deviazione ad altri atti.

§. 858.

Il processo misto ha due grandi vantaggi:

1.° La *pubblicità* del processo orale, che per principio fondamentale di questo metodo *deve essere* il solo efficace. Se si ammette che un solo momento il processo scritto in ciò che attiene alla prova morale si riproduca con piena efficacia nel pubblico dibattimento, il sistema della oralità dei giudizi è demolito in radice. E questa pubblicità (che è guarentigia somma all' accusato) giova al fine *politico* del giudizio, raffermando nel popolo la *fede* nella giustizia, e così rendendo più *simpatica* la pena. E giova alla *giustizia*, difficultando la intrusione del falso sotto sembian-

Digitized by Google

za di vero. Laonde, checchè ne dicano i suoi detrattori, la *pubblicità* del giudizio penale non può essere neppure argomento di seria questione presso un popolo civile; potendo agevolmente con opportuni provvedimenti ovviarsi ai pericoli che le si rinfacciano.

2.° Evita la *sorpresa* (o almeno *deve* evitarla se è bene ordinato); la quale, come avvertì fin dai suoi tempi Quintiliano, è la maggiore nemica della verità (1).

(1) Non vi è forma di giudizio che possa guarentire la innocenza da un errore giudiciario; non vi è metodo di prova che tranquillizzi in faccia a tale pericolo. Si contano vittime del sistema delle prove legali in tanti nomi notissimi che è inutile ricordare: si contano altrettante vittime del sistema della certezza dell' uomo. Anche recentemente Pio Santumone fu condannato a 20 anni di galera dalla Corte di Assise di Modena con verdetto del 25 ottobre 1864 e la sua innocenza ebbe riconoscimento per virtù del Decreto della Corte di Cassazione di Torino del 28 luglio 1866. Vedasi il *n.* 103 del Giornale *la Legge* del 1866. De Filippi in Francia fu condannato innocente *per indizio*. Rosaria Dolce per la propria ripetuta e perseverante *confessione* accompagnata da' tutte le circostanze della sua legittimità, come già lo era stato Pin e tanti altri sotto il vecchio sistema. Renosi (18 novembre 1861) e Lesurques furono condannati innocenti sulle positive deposizioni di *testimoni di vista*. Se non è esatto ciò che osservava un onorevole membro dell' Accademia di Tolosa nella seduta del 3 giugno 1863 che gli errori giudiciarii derivino dallo scaduto sentimento religioso nei testimoni: la storia di tali errori dimostra esserne stato causa le equivocate recognizioni emesse a buona fede da testimoni onestissimi. Neppure la rigorosa prova legale nè la probità dei fidefacienti, nè la osservanza dei

Digitized by Google

più rigorosi precetti di critica giudiciaria possono rendere inaccessibile alla giustizia lo errore di fatto. Questa tremenda necessità condusse a studiare i mezzi della riparazione. Si occuparono di ciò Van Leeuvven *de damno reo absoluto illato resarciendo*, e gli autori citati nel *Recueil de l'Academie de Toulouse du* 1865, *vol.* 14, *pag.* 89, in nota: sul che rettamente osservò Bonneville *(ameliorations tom.* 2, *pag.* 541, *et suiv.)* che tale ricerca doveva istituirsi tanto rispetto allo innocente *condannato* quanto rispetto allo innocente *incolpato;* e tanto per le condanne *criminali* quanto per le condanne *correzionali.* La ricerca non si limitò al mero punto di vista pratico sul *modo* d'indennizzare, ma rimontò al principio radicale disputando se in ciò dovesse ravvisarsi un vero diritto dell'innocente, e un respettivo *dovere giuridico* nella società verso lui: sostenne l'affermativa recentemente Dessalles *(deuxième partie pag.* 72) ma prendendo le mosse dai principii di Mably, assise la sua dimostrazione sopra un terreno fallace. Il suo scritto fu confutato da Cuze (3 giugno 1863 *Recueil des Annales de l'Academie de Toulouse vol.* 12, *pag.* 199) il quale dubitò se potesse trovarsi un *obbligo giuridico* dove non era *colpa* (e questo è il vero punto del dubbio) ed osservò ancora lo scandalo politico derivante da un decreto giudiciario d'indennità, e la impossibilità di affermare la innocenza; sulle quali due osservazioni mi permetterei di non concordare con lo illustre giureconsulto Tolosano. Ma prima di disputare sui modi e confini di tali riparazioni bisognerebbe renderle possibili con abolire le pene irreparabili.

§. 859.

Il processo *misto* però, come è condizione generale di tutti gli enti misti, può variare quasi direi all'infinito, secondochè una delle sue forme si atteggia o all'ordine inquisitorio, o all'accusatorio. In tutti i pae-

Digitized by Google

si ove cotesto processo *misto* è in vigore, esistono delle particolarità tali, che confrontandolo nei diversi paesi si troverebbero a stento due sistemi uniformi (1).

(1) Francia, Piemonte, e Toscana hanno processo *misto*: ma qual divario tra sistema e sistema! Sono infinite le varietà di questa procedura mista nelle provincie di Europa. Una forma specialissima e diversa forse da tutte le altre, io ne vidi per lungo tempo in azione nel già Ducato Lucchese e la descrissi nel mio discorso *sulla cessata procedura Lucchese*, pubblicato nei miei *Opuscoli vol.* 1, *opusc.* 4.

§. 860.

Svolgiamo adesso le sette *condizioni essenziali* del giudizio penale.

CAPITOLO IX.

Dell' accusatore.

§. 861.

La persona dell'*accusatore* nel processo *accusatorio puro* esige speciali provvedimenti: perchè in tale sistema facendosi balìa a chiunque del popolo di accusare altri di un delitto; questo potere riuscirebbe fecondo di disturbi e di abusi, se con opportune cautele non si frenassero le passioni malvagie, che volessero profittarne (1).

(1) Roma ebbe moltissime leggi restrittive della libertà di accusare. Inghilterra somministra analogo esempio.

Digitized by Google

§. 862.

Prendendo a tipo di tali cautele le leggi che in proposito ordinarono con molta cura gli antichi romani, esse possono referirsi a quattro — 1.° designazione delle cause di *inidoneità* ad accusare — 2.° *ammissione* ad accusare per decreto di magistrato che conosca dell' accusa in diritto, e dia all' accusatore la *lex* per costringere i testimoni — 3.° *giuramento* di calunnia — 4.° *penalità* rigorose contro i calunniatori.

§. 863.

Nel sistema *inquisitorio* può sembrare che l' accusatore non vi sia, perchè non viene a faccia del reo, ma agisce nell' ombra. Pure vi è ancor qui, sebbene non sia d' intrinseca necessità a cotesta forma nella quale il giudice procede di uffizio. Qui l' accusatore interviene con più limitati poteri. E bisogna riconoscerlo nel *denunciatore* segreto, o ufficiale querelante. Questo dà il moto alla inquisizione che poscia si inoltra a cura del procuratore del fisco, o dello stesso giudice; che per un' anomalia di tale processo riunisce in sè alcuni dei poteri e delle funzioni che più propriamente spetterebbero allo accusatore.

§. 864.

Nel sistema *misto* la persona dell' *accusatore* si rappresenta dal *pubblico* ministero, a cui compete esclu-

Digitized by Google

sivamente l' esercizio dell' *azione pubblica:* o *libera*, o *subordinata* alla doglianza dell' offeso, nei delitti *privati*. Nel giure moderno la distinzione dei delitti in *privati* e *pubblici* non tiene nè alla *forma* del giudizio, nè all' *azione:* ma soltanto allo *eccitamento* dell' azione. La *forma* del giudizio nel processo accusatorio e misto è sempre *pubblica*. L' *azione* è sempre pubblica, perchè tutti i delitti (benchè ne sia subordinata la persecuzione alla querela del leso) si puniscono nello interesse della società. Ma si dicono *privati*, perchè l' *azione pubblica* non può mettersi in moto se non per volontà dell' offeso. Tale è il concetto di questa divisione dei delitti nel linguaggio odierno. Male però i pratici credettero che il giure romano usasse in cotesto senso la distinzione fra delitti *pubblici* e *privati*. Nel giure romano questa distinzione teneva al *fine* della pena; e si dicevano oggetto di *pubblico giudizio* quei crimini che si punivano nello interesse di tutti i cittadini; e di *giudizio privato* quelli che si punivano nello interesse del solo leso. Erano *privati* delitti appo i Romani il furto, la rapina, il danno dato, e la ingiuria. Erano *pubblici* il parto supposto e l' adulterio, sebbene il primo per la legge 30 §. 1 *ff. ad leg. corn. de falsis;* e il secondo per l' editto di Costantino (*leg.* 30 *C. ad leg.* (1) *Jul. de adulter.*) non si potessero perseguitare che sulla doglianza di certi membri della famiglia, *ne volentibus temere liceat foedare connubia*, come dice del secondo l' imperatore; e *ne falsis extraneorum contumeliis jura familiae deformentur*, come dice del primo il Voet *ad pand. tit. de transactionibus n.* 18.

Digitized by Google

Forse nella sua origine la nomenclatura si desunse dall' azione, come rilevasi dal §. 1. *Inst. de pubbl. judic.;* ma certo è che rimasero poscia nella categoria dei delitti pubblici anche alcuni delitti che si perseguitavano a sola querela di parte, ma nel pubblico interesse. Vedasi Platner *de jure criminum romano quaest.* 6, *cap.* 3, *pag.* 107 *ad* 170. Presso gli antichi popoli germanici tutti i delitti si mantennero a lungo di indole privata così nel concetto del fine della persecuzione loro, come nello esercizio di questa, non concessa che al solo leso e suoi aderenti.

(1) La esclusione degli estranei dall' accusa di adulterio, sancita dal primo imperatore cristiano, si sostiene come *assoluta* dai migliori interpetri, e talè la dimostra la lettera della costituzione. Vedi Wissembac *in C. ad dict, l.* 30 — Mattheo *de criminibus lib.* 48, *tit.* 3, *cap.* 4, *n.* 11.

§. 865.

L' ufficio del *pubblico ministero* fu il risultato di un lungo processo storico. Quando il popolo romano, remosso per le usurpazioni dell' impero da ogni potere politico, si addormentò nella obbedienza passiva, nessun cittadino, tranne eccezionalmente gli offesi, più volle assumersi l' odioso rischio di accusare i delinquenti. Ciò rendeva precario il magistero penale, e lasciava la società senza difesa contro i malvagi. Il rigore della massima che nissuno potesse perseguitarsi per un delitto se non vi era chi lo accusasse, dovette cedere in faccia ad un imperioso bisogno (1). Laonde

Digitized by Google

il terzo secolo dell' era cristiana vide sorgere il concetto di una persecuzione dei delinquenti eccitata *d' uffizio* dai magistrati. *Leg.* 22 *ff. de quaestionibus* = *leg.* 13 *ff. de off. praes.* — *leg.* 7 *C. de accusatoribus* — *leg.* 5 *C. de delatoribus* — *leg.* 1. *C. de custodia reorum.* La giustizia in questo periodo pretermise il bisogno di un accusatore, e ne venne a far le veci lo stesso giudice. Non ancora per altro attuossi il concetto di un ufficiale permanentemente incaricato di accusare i delinquenti: poichè non vi è germe di ciò nè nella istituzione dei *curiosi* e degli *stazionarii* (*leg* 1 *et* 8 *cod. Theod. de curiosis*) sôrta al quarto secolo, con incarico di mera *polizia* investigatrice; nè nelle ingerenze date da Giustino ai vescovi nel sesto secolo, con incarico di mera *vigilanza* sulle procedure penali (*leg.* 22 *C. de episcopali audient,*) e sulle carceri (Ram *de publici ministerii origine*).

(1) Plinio ricorda come in caso di gravi delitti dovesse talora il senato o l' imperatore destinare qualcuno all' accusa (*Epist.* 3, 4 — 6, 31 — 7, 33 —). Uguale bisogno aveva già eccitato nella repubblica le *questioni* speciali.

§. 866.

Ma in seguito si era venuto introducendo attorno alla giustizia un ordine di persone che sotto il nome di *procuratori*, assumevano l' ufficio di rappresentare gli interessi delle parti nelle liti. E mentre ogni signore venne ad avere il suo *procuratore* presso i tri-

Digitized by Google

bunali, anche i re ebbero il loro. Ora si trova che dopo la metà del decimoquarto secolo questi *procuratori del re*, dalla condizione di semplici agenti di affari, erano passati ad esercitare un ufficio pubblico: e si erano investiti anche dell' autorità di accusare i delinquenti, senza che si conosca il preciso momento in cui tale uso ebbe origine; nè il primo documento che lo validò. Fatto è che verso la fine del secolo XIV si trovano in varii paesi questi procuratori del re, investiti del potere di tradurre i colpevoli avanti la giustizia, malgrado il silenzio della parte offesa; e di chiederne la condanna, con apposite conclusioni e dimande. La spiegazione più probabile di simile transizione si trova nella natura delle pene d' allora; le quali molto consistendo in ammende e confische, generavano nei governanti un interesse pecuniario alla condanna. Ciò dava ragione a coloro che zelavano gli interessi dei governi di interloquire nei giudizi penali; e così forse passarono dalla rappresentanza del fisco pel ricupero delle ammende, alla rappresentanza generale della società offesa col delitto, per procacciarne la repressione. Così l' ufficio del *ministero pubblico*, per un fenomeno singolare, si propagò appo diverse nazioni prima che i legislatori l' avessero formalmente costituito: Meyer *istituz. giudiciarie vol.* 2, *p.* 572 — Helie *de l' instruction vol.* 1, §. 74 — Becot *de la justice repressive pag.* 232.

§. 867.

Ma il *pubblico ministero* si è venuto in certa guisa purificando nella odierna civiltà. Perchè separato

Digitized by Google

affatto cotesto ufficio da ogni rappresentanza della corona, e da ogni cupidigia fiscale, ha potuto assumere più nitida la divisa della *imparzialità*, considerandosi come rappresentante della *legge*. Alla purità (1) di questo concetto; alla presunzione di assoluta imparzialità; alla supposta assenza di ogni passione, e di ogni predilezione per la condanna; l'ufficio del pubblico ministero va debitore di quelle ampliazioni di poteri, che le moderne legislazioni gli hanno generalmente attribuito; e che potrebbero riuscire pericolose se quei presupposti venissero mai disgraziatamente smentiti. Ad evitare i quali pericoli potrebbe riuscire utilissima la istituzione dell'avvocato dei poveri dove fosse saggiamente costituito codesto uffizio, e circondato della conveniente dignità e degli opportuni poteri (2).

(1) Tutta la purificazione e la nobilitazione di questo ufficio consistette nella rettificazione di una idea; vale a dire che il sostenitore dell'accusa non fosse più un rappresentante del governo, ma un organo della Magistratura. Ciò pose indosso a lui la divisa della imparzialità e lo autorizzò a chiamarsi rappresentante della legge. Con ciò doveva sparire da lui tutta la rapacità, la crudeltà, e la tenacità che rendettero odioso l'antico procuratore fiscale; e il popolo in lui più non vide un nemico ma un protettore. Chi volesse tornare a dire che il pubblico Ministero è un organo del potere esecutivo lo ricondurrebbe senza avvedersene alle antiche condizioni.

(2) Nel mio concetto codesto uffizio dovrebbe costituirsi non pel solo fine di difendere i miserabili all'orale dibattimento, al che supplisce bastantemente la destinazione a turno del difensore officioso. Dovrebbe essere il *tribunato* della difesa costituito come magistratura permanente desti-

Digitized by Google

nata a guarentire la libertà civile dei cittadini dai primi momenti nei quali sorge contro di loro il pericolo di un processo criminale. Dovrebbe al pubblico ministero lasciarsi tutto ciò che gli occorre alla persecuzione dei delinquenti; cioè tutti i suoi poteri attuali. Ma dovrebbe stargli a fronte un magistrato che avesse altrettanti poteri nel senso di vigilanza della procedura, e protezione della innocenza. Le preoccupazioni del magistrato destinato ad accusare troverebbero un equilibrio nelle preoccupazioni (se vuolsi) del magistrato destinato a difendere. A quello esercitare l'azione pubblica, provocare gli arresti, e le procedure a carico dell'accusato. A questo provocare le scarcerazioni, e le verificazioni a discarico. Il consenso dei due uffizii dovrebbe risparmiare ogni ulteriore intervento delle camere di consiglio, guarentigia che non sempre risponde in pratica alle espettative che se ne promisero i legislatori. Le camere di consiglio dovrebbero interloquire soltanto nel dissenso dei due officii. Libero l'accusato di eleggersi un difensore di sua fiducia, la *difesa officiale* dovrebbe cedere il campo al difensore elettivo nel giudizio orale. Non sono nell'orale giudizio i più gravi pericoli delle indebite od eccessive vessazioni dei cittadini. Il vantaggio di codesto uffizio dovrebbe consistere appunto nel provvedere alla difesa e tutela di un inquisito in quel lungo periodo che precede il dibattimento: e nel quale l'opera dell'avvocato difensore è nulla. E deve esserlo per necessità a ragione del pericolo che la intrusione di un privato recherebbe troppo spesso al corso di giustizia durante la segreta istruzione. Ma la venalità, lo spirito partigiano, e l'eccesso di zelo che a buon diritto si temono nell'avvocato difensore, non potrebbero più temersi in una magistratura permanente in faccia alla quale la istruzione segreta dovrebbe aprirsi senza rischio di collusione. E così si avrebbe in certo modo riparo al segreto della procedura scritta che pur bisogna conservare. Occulta a tutti coloro che parteggiando per l'accusato potrebbero abusare della cognizione degli atti; essa avrebbe tutta la

Digitized by Google

possibile pubblicità quando fosse aperta ad un magistrato il cui incarico fosse quello di vigilare il processo finchè si *dirige dall' accusa*. Allora potrebbe dirsi che la difesa degl' inquisiti sarebbe completa. Un avvocato dei poveri che non ha altri poteri che quelli di un avvocato comune, e che incomincia la sua azione defensionale dopochè un infelice (vittima forse di un equivoco o di un errore di diritto, o di una fatale prevenzione) ha per parecchi mesi indebitamente gemuto nelle segrete; è una superfetazione senza frutto: è al solito una guarentigia apparente priva di realtà. Ad ogni modo dovunque e comunque volesse ordinarsi la istituzione dell' Avvocato dei poveri nelle procedure penali, dovrebbe per legge essere interdetto a coloro che si addicessero a cotesto nobile ufficio lo aspirare a superiori impieghi, onde venisse assicurata la indipendenza di questi tribuni della difesa. Sarebbe redicolo (se non fosse lagrimevole) il vedere un ufficio la cui missione consiste in un antagonismo, ed in una vigilanza sui possibili abusi degli accusatori, affidato a giovani che lo guardano come un passaggio, perchè anelano a più lucrosi collocamenti: essi per conseguire il desiderio loro e procacciarsi più larghi stipendii, dipendono interamente dalle buone grazie, dalle informazioni, e dalle proposte di coloro coi quali dovrebbero mantenere la situazione di un sindacato e di una opposizione permanente. Cotesto assurdo rende ipocrita, e disprezzata la istituzione di che favello. Ma queste si diranno anch' esse utopie! Eppure se qui ne fosse il luogo io potrei mostrare come tali idee si riannodino cogli antichi metodi praticati in Toscana ed in altre parti d' Italia.

§. 868.

I *diritti* del pubblico ministero si riassumono principalmente nelle seguenti facoltà — 1.° esercitare l' azione penale; provocando ove occorre l' arresto del reo —

Digitized by Google

2.° fare tutte le *requisizioni* e dimande, e provocare senza limite tutte le investigazioni, tutti gli interrogatorii, e tutte le misure e provvedimenti, che crede utili alla scoperta del vero e al servigio della giustizia — 3.° provocare gli aggiornamenti della trattazione della causa — 4.° spiegare all' udienza fino alla chiusura del dibattimento le sue conclusioni, tanto sul merito quanto sugli incidenti — 5.° replicare alla difesa per la rettificazione dei fatti che da questa si fossero travisati; o per le nuove eccezioni di diritto da lei proposte — 6.° procurare la esecuzione della sentenza, o assolutoria o condennatoria — 7.° procurarne la correzione quando ne abbia i mezzi legali, e creda violata la legge.

§. 869.

I suoi precipui doveri sono la imparzialità, e la freddezza; e deve soprattutto esser cauto di non iscambiare lo zelo per la condanna con lo zelo per la giustizia.

CAPITOLO X.

Del reo.

§. 870.

La parola *reo* (1), introdotta a designare colui *cum quo res agitur*, indica qualunque persona contro cui si dirige una dimanda giudiciale: e così nei giudizi criminali indica colui contro il quale si dirige la inquisi-

Digitized by Google

zione, o l' accusa; e promiscuamente designa ora l' *inquisito*, ora l' *accusato*, secondo i vari sistemi (2).

(1) La vera etimologia della parola *reo* deriva da *reor*, *putare*, *supporre*, e sta ad indicare lo *stato di accusa*, cioè quello stato intermedio fra la innocenza e la condanna, nel quale il cittadino si *suppone* colpevole, ma non è ancora riconosciuto tale. Questa etimologia offre una mirabile coincidenza della parola *reo* con quella della parola *imputato*.

(2) Il *reo* si denomina *accusato* dopochè ebbe corso il libello accusatorio o la trasmissione degli atti. Nel processo misto non può dirsi *prevenuto* (voce introdotta nell' uso del nostro foro) finchè non è emanato il decreto d' invio. Fin là non può dirsi che *incolpato*.

§. 871.

È chiaro da ciò che nel linguaggio giuridico la parola *reo* ha un significato assai diverso da quello in cui si adopera nel linguaggio volgare. Il *reo* pel volgo è il colpevole. Pel giurista il *reo* può essere innocente. Ed è grave errore quello di chi, per una prevenzione funesta, osi confondere il senso giuridico di questa denominazione col suo volgare significato.

§. 872.

In ordine a questa seconda persona la scienza non ha a fare che due avvertenze. La prima che non possono esservi in ben ordinata città privilegi nessuni: ed *ogni cittadino* deve potersi tradurre in stato di reato.

Digitized by Google

La seconda è che il reo deve comparire *in persona:* nè si ammette che si faccia rappresentare da altri. E ciò per due ragioni: — 1.° perchè il diritto della difesa è nelle materie penali *inalienabile;* ed eventualmente si alienerebbe, quando si ponesse in balia di un procuratore — 2.° perchè il bisogno di scoprire il vero esige che si abbiano nel giudizio le dichiarazioni personalmente emesse dal reo, che solo è in grado di conoscere le circostanze delle quali è chiamato a dar conto.

CAPITOLO XI.

Del giudice.

§. 873.

La *persona* del *giudice* (rappresentanza attributiva ad un uomo di poteri eccezionali sopra i suoi simili, che sarebbero naturalmente e politicamente suoi uguali) si costituisce dalla *giurisdizione* o *competenza.* Nella giurisdizione (1) *(facultas jus dicendi)* sta tutta la essenza del *giudice.*

(1) Sulla distinzione fra *giurisdizione* ed *impero* si veggano le dispute del Noodt *(de jurisdictione et imperio)* che la proclama inetta; e del Menkenio che la propugna nella dissertazione che ha per titolo — *merum imperium jurisdictionem criminalem non esse (opusc.* 14).

§. 874.

La giurisdizione deve trovarsi nel giudice e per ragione *intrinseca,* e per ragione *estrinseca* congiuntamente.

Digitized by Google

§. 875.

La giurisdizione *intrinseca* è quella che si desume dalla *materia*.

§. 876.

Benchè niente repugnasse che in uno Stato un solo giudice o un solo collegio (1) disbrigasse tutta sorta di giustizia, pure la necessità nei regni estesi, e la convenienza anche nei piccoli, introdussero una distinzione di competenze o gerarchie ragionata sulla differenza della *materia* da giudicare. Di qui le varie divisioni dei giudici, le quali tengono alla natura della *cosa* su cui deve cadere la loro cognizione:

(1) La costituzione della persona del *giudice*, o in un solo *individuo*, o in un collegio variò e varia — 1.° secondo il grado di utilità dei diversi popoli — 2.° secondo i respettivi mezzi finanziarii — 3.° secondo la importanza delle materie. I giudici unici furono alternamente denominati *pretori*, *potestà*, *vicarii*, *commissarii* e simili. I tribunali collegiali furono chiamati in Germania ed in Inghilterra *Camere*, in Italia *Rote* (sulla etimologia della quale parola è a vedersi Hommel *jurisprudentia numismatica pag.* 161) in Francia *Corti*; e per la imitazione di Francia questa ultima voce è venuta prevalendo tra noi.

§. 877.

Così — 1.° Si hanno giudici *civili*, *commerciali*, *criminali*, *ecclesiastici*.

Digitized by Google

2.° Si hanno in criminale giudici di *alto criminale, correzionali*, e di *polizia*.

3.° Si hanno in alcuni luoghi giudici *del diritto* (magistrati), e *giudici del fatto* (giuria).

4.° Si hanno giudici che godono solo giurisdizione *preparatoria* nei giudizi penali. La quale o può attribuire una mera autorità *eccitatrice* del giudizio (come quella delle camere di consiglio quando decidono sulla prima ammissione di una querela); o una autorità *investigatrice* (giurisdizione *inquirente)* come quella dei giudici istruttori.

Si hanno giudici che godono sola autorità *iniziatrice*, come le camere di accusa, che decidono sull' invio a giudizio; e i presidenti quando dispongono su certe condizioni che dovrà avere il giudizio.

Si hanno giudici che godono autorità *consumatrice* dei giudizi, come sono tutti quelli che appartengono ai turni decidenti.

Si hanno giudici che godono autorità *correttrice;* o *isolata*, come quella delle corti di cassazione (1); o congiunta all' autorità *decidente*, come quella dei tribunali di appello, e di revisione.

(1) La Cassazione ha per suo istituto di non conoscere del *fatto:* conosce però e giudica competentemente delle *conseguenze giuridiche* del fatto: Blanche *études sur le code pénal, première étude pag.* 25, *et* 173.

§. 878.

La giurisdizione *estrinseca* è quella per cui fra diversi giudici, che tutti sarebbero *intrinsecamente* com-

Digitized by Google

petenti, si determina *quale di loro* dovrà ad esclusione degli altri conoscere di un dato fatto.

§. 879.

Il principio costitutivo della giurisdizione estrinseca fu argomento di grandi dispute e di grandi lotte nel medio evo, per gli urti delle giurisdizioni baronali con le giurisdizioni regie, e delle giurisdizioni baronali fra loro. Gli uni sostenevano che la regola della competenza estrinseca si determinasse sempre in criminale come in civile, dal *domicilio* e *cittadinanza* del reo; e non hanno fine i reclami e le ostilità dei feudatarii, che la storia ricorda essere derivate dalle lamentate violazioni del diritto asserto spettante ai superiori del delinquente (1).

(1) In Francia a modo di esempio la prevalenza della giurisdizione *locale* sulla giurisdizione *domiciliare* non fu riconosciuta fino a Carlo IX, che la proclamò nella celebre ordinanza di Moulins: Dubois *histoire de la monarchie francaise liv.* 6, *chap.* 9.

§. 880.

Le ragioni che fecero prevalere in penale alla giurisdizione del domicilio del reo, quella del *luogo del commesso delitto*, furono tutte di convenienza; ma così potenti, che il *luogo del delitto* si riconobbe ovunque come determinante la *regola* della competenza estrinseca. E ciò perchè più conforme ai quattro bisogni della giustizia penale: *celerità: economia: verità: esem-*

Digitized by Google

plarità. Ma quando dicesi che per coteste ragioni la giurisdizione territoriale del luogo del delitto, sia *preferibile* alle altre non si dice già che le *escluda* in modo assoluto. Questo scambio sarebbe fonte di errori. Le altre giurisdizioni sono *suppletive.* Ecco tutto. Laonde dove la giurisdizione territoriale non possa esercitarsi le altre si svolgono legittimamente.

§. 881.

Questa regola può soffrire limitazione per tre cause diverse: il *privilegio:* la *prevenzione:* la *proroga* (1). Ciascuna di tali cause può in certi casi essere ragione speciale di giurisdizione estrinseca, e far tacere anche la competenza derivata dal *luogo* del delitto.

(1) Si sviluppa ancora la competenza per *continenza di causa* quando trattasi di *più accusati,* o quando trattasi di *diversi fatti* contro un solo accusato benchè commessi in diversi luoghi; e quando siavi una *connessione* per cui la economia di spese e di tempo, e la speranza di meglio raggiungere il vero consiglino un giudizio unico. Vedasi Morin *Journal du droit criminel art.* 8405.

§. 882.

Il *privilegio* opera tale effetto tutte le volte che un ordine legislativo assegna a un ceto di *persone* un tribunale speciale. Abbiamo esempi di ciò nei vari Stati; pei *militari;* per certi *ordini cavallereschi;* per gli *scolari;* per gli *ecclesiastici;* pei *senatori,* e pei *deputati* alle assemblee legislative.

Digitized by Google

§. 883.

La *prevenzione* nasce dalla maggiore sollecitudine con la quale uno dei più giudici competenti intrinsecamente, ha esercitata la giurisdizione estrinseca, impadronendosi dell' affare. La prevenzione deriva dalla anteriorità della *citazione*. Ma fra le diverse citazioni che possono avere avuto corso, prevale la *reale* sulla *verbale*, sebbene anteriore: fra le più citazioni verbali prevale l' *anteriore* di data (1).

(1) Il principio della prevenzione è quello su cui si radica la *estraterritorialità* del giure penale. Quando un colpevole estero venga tra noi senza che abbia incontrato giudizio penale nella sua patria dove commise il delitto, la giurisdizione territoriale derivata dal luogo del commesso reato non essendo esercitata, nè utilmente esperibile, viene a rimanere prevalente la giurisdizione derivata dal *domicilio* attuale del colpevole. E così per virtù della prevenzione il giudice nostro che ha sotto la sua mano il delinquente, esercita legittimamente la sua competenza sopra di lui.

§. 884.

La *proroga* procede dal *consenso* delle parti. Essa sempre presuppone nel giudice la giurisdizione intrinseca, sulla quale non può avere efficacia mai il consenso delle parti, perchè attenente all' ordine pubblico. Ed avviene quando le parti hanno tacitamente riconosciuto la giurisdizione estrinseca del tribunale, che venia consumando gli atti del giudizio, col non elevare

Digitized by Google

esse alcuna eccezione contro le facoltà dal medesimo esercitate.

§. 885.

L' *officio* del giudice magistrato si svolge nell' *impero*, nella *giurisdizione*, e nell' *arbitrio*.

§. 886.

Un tempo l' *arbitrio* del giudice fu un Briareo. Ma in una buona legislazione l' arbitrio del magistrato deve limitarsi per quanto è possibile. Quanto al *rito* esso non può porsi in sua balìa, mentre invece è istituito a suo freno. Quanto al giudizio sul *fatto* egli non ha vero arbitrio neppure dove si accetta la intima convinzione; perchè deve sempre convincersi secondo il processo, e secondo ragione. Quanto alla *pena* egli deve averne i limiti dalla legge. Quanto alla *interpretazione* di questa esso non può farla a libito suo, ma è vincolato dalle regole di ermeneutica. Sicchè vero e proprio *arbitrio* non può averlo il giudice che nelle ordinatorie dei giudizi; le quali, entro certi confini di convenienza, dispone a comodo e piacimento suo.

§. 887.

Le due prime proposizioni non possono oggi formare occasione di controversia. La forniscono però la terza, e la quarta.

In proposito della *pena* sul cadere del passato secolo trionfò uno spirito di reazione contro la pro-

Digitized by Google

porzione così detta *armonica*, a cui si erano ispirate parecchie legislazioni di Europa: e che lasciava smisurata larghezza al giudice d' infliggere quel castigo che a lui sembrava più adatto alle circostanze; dandogli persino talora potestà di correre dalla pena capitale alla multa. Come suole accadere, la reazione traboccò agli oppositi estremi. E si propugnò la pena *tassativa* imposta dalla legge, come unico mezzo atto a procacciare buona giustizia ed a far sì che i colpevoli *si punissero non dall' uomo, ma dalla legge*. A questa formula seduttrice s' ispirarono i codici rivoluzionarii di Francia, e si ebbe come un progresso l' aver tolto ai giudici ogni arbitrio nella penalità. Ma la novella dottrina fece trista prova di sè. Ebbero quei codici breve vita: e nei nuovi che si dettarono in Francia ed altrove nei primordii di questo secolo si trovò la provvisione conciliativa che la legge tassasse la *specie* della penalità, ma concedesse al giudice una larghezza nella sua *quantità* e durata entro certi limiti segnati dalla legge. Dopo il 1830 apparve insufficiente anche questo temperamento. Si osservò che per adattare con giustizia la punizione alle circostanze infinitamente variabili in cui può versare il delinquente, non bastava autorizzare il giudice ad infliggere qualche anno di più o qualche anno di meno della galera o del carcere che la legge segnava a quel delitto: ma bisognava dargli balìa di scendere ancora a delle specie inferiori di pena nei casi di eccezionali circostanze, che si dissero non possibili a prevedersi dal legislatore. Così nacque il sistema delle *circostanze attenuanti*, renduto celebre per le riforme

Digitized by Google

francesi, ed imitato da altre legislazioni. Il qual sistema, autorizzando la dichiarazione dell' attenuanza senza che ne abbia in precedenza segnato le condizioni la legge, e senza che neppure sia obbligo del giudice di dichiararne i criterii in sentenza, ripristinò in sostanza l' arbitrio del giudice nella penalità. Molti codici contemporanei (per esempio l' Austriaco, lo Spagnuolo, il progetto Portoghese) tentarono di conciliare l' aborrimento dell' arbitrio del giudice con la doverosità di proporzionare le punizioni fra delitti che sebbene identici nella loro *quantità naturale*, variavano però per le relative contingenze che ne modificano la politica quantità. Questi tentativi si estrinsecarono con lo enumerare studiosamente nel codice tutti i casi escogitabili di attenuamento, o di aggravamento che potevano incontrarsi nelle varie eventualità. Ma in cotesti tentativi, oltre ad avere spesso dimenticato i principii della scienza confondendo il grado con la quantità del delitto, non si è a mio credere raggiunto ancora quel meglio che si desidera. Prescindendo da ciò a questo luogo, è necessità concludere che se è certa la regola che nega ogni *arbitrio* al giudice nelle forme essenziali del *rito*, e nella *convinzione;* non può dirsi oggi altrettanto pacifica la regola che gli nega ogni arbitrio nella *penalità*. Avvegnachè per quanto si dica che nello attenuare il giudice deve procedere non ad arbitrio suo, ma secondo *ragione;* finchè non gli si faccia precetto di esporre codesta ragione, il giudice essendo uomo cederà di frequente agl' impulsi di simpatia o di pietà in un senso, o al fascino della

Digitized by Google

prevenzione in un altro senso; e la penalità subirà troppo spesso la influenza di un vero arbitrio.

§. 888.

Intorno alla *interpetrazione della legge* penale sono discordi le dottrine sul punto di decidere se debba seguirsi la interpetrazione *logica*, che cerca lo spirito, o la interpetrazione *letterale*, che aderisce alla parola della legge: e se (ammessa la interpetrazione *logica)* debba questa usarsi tanto a fine *restrittivo*, quanto a fine *estensivo*. Forse il problema è arduo a risolversi con una formula assoluta.

§. 889.

Non nasce il dubbio quando il caso non cada nè sotto la *lettera* nè sotto lo *spirito* della legge. Estendervela sarebbe lo stesso che creare una nuova legge. Neppure nasce dubbio quando il caso apparentemente compreso nella *lettera*, non lo è nello *spirito* della legge. Punire questo fatto sarebbe un andare contro la *volontà* del legislatore; e perciò la intelligenza *grammaticale* deve cedere alla *logica restrittiva*.

§. 890.

Dubbio sorge bensì quando il caso colpito dallo *spirito* della legge non lo è dalla sua *lettera*, almeno in modo chiaro ed esplicito. E la ragione di qui dubitare emerge dal conflitto tra la obbedienza alla vo-

Digitized by Google

lontà del legislatore, e il rispetto equitativo alla buona fede dell' agente: buona fede cagionata dall' ambiguità della legge, o dalla sua omissione; per la quale sembra duro punire chi non avrebbe violato propriamente un precetto a lui manifesto, ma avrebbe violato soltanto un pensiero arcano, o una *analogia* (1).

(1) Misero mano in questa grave disputa con diverso consiglio Carpzovio, Menochio, Paponio, Forster, Everhard, Farinaccio, Montesquieu, Beccaria, Cremani, Thibaut, Mailler de Chassat, Vamcamp *de interpetratione extensiva in criminalibus*, Elout *de interpetratione in jure criminali*, Byleseld *de doctrina interpetrationis juris ad leges criminales applicata;* e recentemente Helie in una speciale dissertazione.

CAPITOLO XII.

Contestazione dell' accusa.

§. 891.

Non basta che l' accusa vi sia, se non è *contestata* al reo. La contestazione è necessaria pel diritto che ha il reo di presentare le sue difese, e per lo interesse grandissimo di tutta la società che il giudizio obiettivo riesca conforme al vero.

§. 892.

Tali essendo i *fini* di cotesto atto è evidente che le sue forme, onde sia dettata ed eseguita razional-

Digitized by Google

mente, devono ordinarsi in guisa che la contestazione riesca *utile* ai medesimi, e sufficiente a raggiungerli per quanto è possibile.

§. 893.

Perciò la contestazione dell'accusa (affinchè non si converta in una farisaica simulazione di rito) deve aver sempre due condizioni — 1.° deve essere *completa* — 2.° deve essere *tempestiva*. La scienza è indifferente sul *modo* diverso di tale contestazione, purchè essa *sia fatta*, e sia fatta *utilmente*.

§. 894.

Varia il *momento* di tale contestazione nei diversi sistemi. Nel sistema accusatorio si fa *avanti* qualunque prova con la *iscrizione* e *soscrizione* del libello accusatorio, e sua notificazione all'accusato. Nel sistema inquisitorio si fa *dopo raccolte le prove;* e incomincia col *costituto obiettivo* e con la *trasmissione* della inquisizione. Nel sistema misto si fa dopo raccolti nella istruzione *scritta* i materiali della prova, ma *innanzi* a che cominci la *vera* prova efficace, cioè quella *orale*.

§. 895.

Oltre la notificazione in copia del libello accusatorio, il quale deve obiettare al reo il fatto e il titolo con tutte le sue particolarità e circostanze, attiene alla *contestazione* dell'accusa nel processo mi-

Digitized by Google

sto — 1.° la *comunicazione* di *tutti* gli atti, documenti, e riscontri raccolti nella istruzione scritta — 2.° la *indicazione* degli elementi di prova che si produranno al dibattimento orale. Senza ciò la contestazione sarebbe *incompleta:* e quindi vizioso il giudizio.

§. 896.

La contestazione dell' accusa niente repugna che si faccia al reo *pede libero*. Pure nel sistema inquisitorio e misto prevale la regola che nei delitti *gravi* la contestazione dell' accusa sia preceduta o accompagnata dall' *arresto* del reo e dalla sua sottoposizione a *custodia preventiva.*

§. 897.

Siffatta custodia preventiva considerata meramente rispetto ai bisogni della procedura, non potrebbe essere che brevissima: tanta quanta è necessaria per interrogare il reo, ed avere dalla sua viva voce tutti quegli schiarimenti che la istruzione può desiderare. Dopo ciò non vi sarebbe per questo lato ragione di ritenerlo. Laonde il suo prolungamento in faccia alla rigorosa ragione sarebbe ingiusto, perchè pecca di petizione di principio. Pure si ammette come una necessità politica ormai riconosciuta per i seguenti bisogni — 1.° bisogno di *giustizia;* per impedire la fuga del reo — 2.° bisogno di *verità;* per impedirgli di intorbidare le ricerche dell' autorità, distruggere le vestigia del delitto, intimidare i testimoni — 3.° bisogno

Digitized by Google

di pubblica *difesa;* per impedire a certi facinorosi di continuare pendente il processo nei loro attacchi al diritto altrui. Queste stesse ragioni mostrano che la custodia preventiva non è tollerabile tranne nei gravi delitti od in quelli che quantunque meno gravi presentano probabile sospetto di ripetizione, e che possono dirsi delitti abitudinarii (1); e che deve cercarsi di temperarla col provvedimento della liberazione provvisoria mediante cauzione.

(1) Le cautele con cui la legge provvegga a restringere le custodie preventive, sono il criterio su cui deve giudicarsi il grado di rispetto accordato alla indipendenza civile di un popolo. In molti paesi che si credono liberi si lascia all' arbitrio di un giudice lo arrestare un uomo sospetto anche per delitto lievissimo. In Toscana (fino al 1865) tranne casi di eccezione non si decretava il carcere preventivo, se il titolo obiettato non poteva condurre a pena di carcere oltre due anni. Il nuovo codice penale che nel 1861 è stato pel Regno di Baviera sostituito al codice Francese che tuttavia reggeva la Baviera Renana, e al codice di Feuerstein che dal 1813 governava il restante del Regno, ha esteso anche più oltre codesto limite; escludendo soltanto il caso dei vagabondi, forestieri, e recidivi in furto, od in falso. È sperabile che l' esempio della Baviera eserciti sulla Europa una influenza maggiore di quella che non esercitò l' esempio toscano.

§. 898.

La legge deve prestabilire tassativamente i *casi* in cui la custodia preventiva può aver luogo, restringendone l' uso per quanto è compatibile coi suddetti bisogni. Deve pure la legge vegliare con opportune prov-

Digitized by Google

visioni onde non si abusi della *segreta;* trista appendice della custodia preventiva. *Segreta* vuol dire carcere con segregazione incessante del carcerato da ogni comunicazione. Il primo ed il terzo dei suaccennati bisogni (della giustizia, e della difesa) niente affatto condurrebbero a questo isolamento, tostochè il recinto in cui si chiude l' inquisito fosse abbastanza sicuro ad impedirgli di evadere, o di correre a nuovi delitti. È il secondo dei suddetti bisogni quello che ha fatto inventare l' orribile supplizio della *segreta;* che s' infligge per mesi, e talvolta per anni, ad un disgraziato del quale non ancora si conosce se sia colpevole od innocente. Dico supplizio, perchè tale è di natura sua il trovarsi solo senza poter cambiare una parola con le persone di famiglia; o verso cui ci legano le nostre affezioni; e delle quali a stento ci pervengono le notizie a traverso gl' infidi messaggi dei carcerieri. Ma tale si rende ancor più perchè in generale nelle costruzioni carcerarie, i luoghi di *segreta* sonosi fatti nel precipuo scopo di allontanare il detenuto da ogni comunicazione coll' esterno; e si è guardato a questo più che ad altro. Laonde nella maggior parte delle prigioni di Europa le segrete sono le peggiori stanze dello stabilimento: e trattasi peggio il cittadino che ha sempre sulla fronte la presunzione di innocenza, di quello non si tratti il colpevole già condannato. I governi provvidi hanno dato e danno opera a migliorare questa condizione infelice. Ma provvedere alla situazione materiale non basta. Dovrebbesi anche con ordinamenti positivi impedire il prolungamento soverchio di questo isolamento, il quale anche spogliato di ogni altra fi-

Digitized by Google

sica angustia, è durissimo come patimento morale. E vorrei sperare che la civiltà progrediente fosse per apportare riparo anche a questo male, se non vedessi che gli orrori della *segreta*, ed i patimenti del misero che colà giace incerto del suo avvenire, si elogiano da certuni con fanatico zelo. In una opera scritta da un magistrato rispettatissimo, e ripubblicata quest'anno in Francia per servire di manuale ai giudici d' istruzione, leggesi raccomandato l' uso delle *segrete* come mezzo utilissimo per fare un bel processo: mezzo del quale se si approfitti un abile inquisitore, alternando il prolungamento della *segreta* con accorti interrogatorii, riesce quasi sempre a condurre lo inquisito alla desiderata confessione del delitto. Leggo questo insegnamento: e vi scorgo pur troppo una terribile verità. Vale a dire non esser morto ancora il seme dei Covarruvii, che insegnavano doversi usare dall' inquirente ogni arte ed ogni sutterfugio per istrappare la confessione dal reo; ed esser lecita persino la menzogna a codesto santissimo fine: non esser morto il seme di coloro che segretamente rimpiangono l' abolita tortura. Avvegnachè la *segreta*, adoperata nel senso che come sopra s' insegna, altro non sia che una tortura mascherata. O conducasi il reo a confessare col mezzo di patimenti fisici, o col mezzo di patimenti morali e della disperazione di non veder mai il termine di uno stato d' isolamento divenuto orribile; è sempre tortura: è la tortura predicata nel secolo decimonono. Io concordo benissimo con lo insigne magistrato che la eterna *segreta*, della quale il solitario non vede il termine tranne in una confessione, sia dalla esperienza mostrata utilissi-

Digitized by Google

ma a condurlo a questa. Ma dico altresì che è cosa iniqua il giungervi per codesti mezzi; e dico che la *esperienza* mostra del pari (1) che con codesti mezzi si fa confessare l'innocente non meno che il colpevole: e che la *segreta* usata a codesto fine ha della tortura anche l'assurdo, ed il vizio di lasciare esitanti sulla veridicità della confessione.

(1) Valga per tutti il fatto recentissimo di Rosaria Dolce che imputata di parricidio, stanca della segreta divenutale (come essa poi dichiarò) più terribile della morte, si confessò colpevole del parricidio e del successivo furto, benchè niente avesse partecipato nè nell'uno nè nell'altro. Fu condannata alla galera a vita dalla Corte di Assise del Nord il 13 agosto 1861; poichè volle fortuna che le circostanze attenuanti ammesse dai giurati impedissero le si mozzasse la testa. Poi scoperti i veri autori del latrocinio, furono essi condannati nel capo. Onde annullati per contradizione i due giudicati, Rosaria Dolce fu ricondotta a giudizio avanti la Corte di Assise della Somme, che con sentenza del 19 novembre 1862 la proclamò innocente, e condannò a morte il vero assassino Vanhalwyn. Ecco una confessione ottenuta col mezzo della disperazione delle *segrete!* Ne esultino i Covarruvii moderni. Vedasi la lettera di Odillon Barrot relativa a questo fatto inserita nel giornale le *Temps* del 26 novembre 1862. — *Toute la responsabilité de cette fatale er-* « *reur pese sur ceux qui avaient arraché cet aveu, et* « *sur la torture morale qui l'avait produit.* —

§. 899.

Ove la custodia preventiva, e così l'arresto del reo, possa aver luogo, le regole che devono dominare tale arresto sono le seguenti — 1.° che (tranne i casi di

Digitized by Google

flagranza (1) o *quasi flagranza)* non possa alcuno essere arrestato senza mandato di giudice — 2.° che il giudice non corra a decretare l' arresto se della delinquenza non ha *sufficienti* indizi — 3.° che in *certi casi* possa ammettersi la liberazione *provvisoria* sotto *cauzione* — 4.° che il reo non debba soggettarsi a *violenze* e *rigori* eccedenti la mera necessità di *arrestarlo,* di *custodirlo,* e di *segregarlo* — 5.° che appena arrestato debba *esibirsi* all' autorità competente — 6.° che debba potersi arrestare in qualunque *giorno, ora,* e (salve le debite forme) in qualsivoglia *luogo* (2).

(1) Il colpevole sorpreso dalla pubblica forza nell' atto in cui consuma la violazione di un diritto deve essere indistintamente arrestato, perchè l' agente della pubblica forza non può giudicare se il titolo criminoso che emerge da quel fatto porti o no la carcerazione preventiva. Ma la pubblica forza deve immediatamente esibire lo arrestato in flagrante al prossimo magistrato: il quale conosce competentemente se il fatto merita o no la detenzione preambula. Questa cautela basta ad impedire gl' inconvenienti ai quali in Francia si è recentemente dovuto ovviare con la legge del 20 maggio 1863: vedasi la *Revue Critique vol.* 23, *pag.* 97. Una buona legge generale sulla custodia preventiva avrebbe renduto inutili cotesti parziali provvedimenti.

(2) Sulla origine degli asili vedasi Binger *de asylorum origine, usu et abusu* 1828 — Barthel *opuscula juridica varii argumenti tom.* 2, *opusc.* 6 *de jure asyli:* e quanto ne accenna il chiarissimo prof. P. Ellero nello scritto intitolato *origini storiche del giure penale.*

Digitized by Google

CAPITOLO XIII.

Della prova.

§. 900.

Prova in genere dicesi tutto ciò che serve a renderci *certi* della *verità* di una proposizione. La *certezza* è in noi: la *verità* è nei fatti. Quella nasce dalla creduta cognizione di questa: ma per la fallibilità umana può aversi quella dove questa non è; e viceversa. Solo in Dio verità e certezza si unificano, cessando di essere l' una tutta obiettiva, e l' altra tutta subiettiva.

§. 901.

Rapporto ad un fatto possiamo trovarci in quattro stati diversi: o di *ignoranza:* o di *dubbio:* o di *probabilità:* o di *certezza.* Tuttociò che serve a farci progredire dal primo stato verso l' ultimo dicesi *prova.* Si dice *piena* la prova quando ci ha portato alla *certezza:* se alla sola *probabilità*, è *semipiena.* Questa non è sufficiente a concludere la colpevolezza: diceva Servan che se la probabilità è la misura dell' accusa, la sola certezza deve esser quella della condanna.

§. 902.

Considerata dai filosofi negli elementi dai quali può in noi derivare, la *certezza* si dice *metafisica,* quando

Digitized by Google

si desume dal solo raziocinio — *fisica* quando si desume dai sensi corporei — *morale* (o storica) quando si desume dalle altrui attestazioni. La *certezza* metafisica è *necessaria;* la fisica è *costante;* la morale *contingente.* In tutte può insinuarsi l' errore. Ma nella metafisica lo errore non può aver causa che da un *vizio logico:* nella fisica oltre il vizio logico può aver causa dalla *allucinazione dei sensi:* nella storica, oltre il vizio logico e l' allucinazione, può aver causa anche dalla *menzogna* di chi ci attesta come verità una cosa falsa. Laonde (checchè siasi disputato in contrario da Filangieri, Brugnoli, ed altri) pare esatta la regola che la certezza metafisica prevale alla fisica, e questa alla storica.

§. 903.

Pure nei giudizi criminali, in ciò che attiene alla verificazione del *fatto,* non è possibile ottenere nè la certezza *metafisica pura,* nè la *fisica;* e bisogna contentarsi della *istorica.*

§. 904.

Ciò è concordato da tutti quanto alla certezza metafisica. Ma taluni credono che il giudice criminale possa talvolta ottenere anche la certezza *fisica* del delitto: lo che si vuole esemplificare nel caso in cui esso verifica con gli occhi propri la *traccia* o gli *effetti* di un delitto; o si convince per il *pallore* o il *pianto* del reo. Sembra però che qui si cada in equivoco;

Digitized by Google

poichè il giudice in questi casi si accerta *fisicamente* di un *fatto diverso* dal delitto: e poi da questo fatto argomenta il delitto. Ma in tal senso il giudice dovrebbe dirsi aver la certezza fisica anche quando crede a un testimonio che *ode*, o del quale *legge* il deposto. Il giudice in quei casi si è *fisicamente* accertato che il reo ha pianto, che quella macchia è sangue, come si è *fisicamente* accertato che il testimone *ha detto;* ma per convertire la certezza di cotesti *fatti* nella certezza del *delitto*, esso ha bisogno di procedere oltre; e trarre questa seconda certezza o dal *raziocinio* nei primi casi, o dalla *fede* nel testimone nell' ultimo caso.

§. 905.

Certezza meramente *fisica* del *delitto* non può averla legittimamente il giudice, che nel caso di delitti commessi innanzi a lui in udienza; dei quali la legge lo autorizzi a prendere immediata cognizione. Perchè se fosse stato accidentalmente testimone del delitto che è chiamato a giudicare, ei non potrebbe, (giusta la savia distinzione insegnata modernamente dal Bonnier, in confutazione della contraria dottrina del Bartolo (1) riprodotta dal Gabriel) valersi di questa sua personale certezza a fine di *condannare;* perchè unirebbe le funzioni di giudice e di testimone illegittimo.

(1) *Arg. ex leg.* 6 §. 1 *ff. de off. praesid.* combattuto fra gli antichi da Cujacio, Donello, Gotofredo, ed altri.

Digitized by Google

§. 906.

La prova pertanto nei giudizi criminali, mercè la quale viene a conoscersi la colpevolezza o innocenza dell' accusato, non può ottenersi che col presidio di *attestazioni*, per le quali il giudice si renda certo intorno a ciascuna delle sette particolarità che furono descritte in quel verso — *quid, quis, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando* — e che tutte in qualsivoglia delitto esigono dal giudicante una particolare affermazione.

§. 907.

Coteste particolari affermazioni discendendo dalle valutazioni degli elementi sui quali si costruisce la prova, questo argomento conduce naturalmente a duplice esame: — 1.° del *principio* su cui deve costruirsi la certezza in criminale — 2.° dei *fonti* materiali da cui può sorgere. Ond' è che il presente capitolo si suddivide in due articoli.

ARTICOLO I.

Dei due principii *della certezza in criminale*

§. 908.

Nei giudizi criminali, ove si vogliano condurre all' obietto loro con ordine razionale, e non convertirli in un rito superstizioso, o in un giuoco di forza, non

Digitized by Google

può il risultato definitivo della prova essere adagiato che sull' uno o sull' altro di questi due principii: o la *certezza morale della legge:* o la *certezza morale dell' uomo* (1).

(1) Modernamente il chiarissimo prof. Pietro Ellero nel suo bel libro *della critica criminale*, ha ideato come possibile, e lodato come conveniente, un terzo sistema, ch' ei dice — *certezza legale impropria;* che (se male non ne afferrai il concetto) consisterebbe nello stabilire per opera di legge la necessità di un dato grado di prova per la condanna, senza rendere la condanna stessa precettiva in modo assoluto, neppure nel concorso di quello.

§. 909.

Il principio della *certezza della legge* si prende a base dell' affermazione o negazione della prova, nel sistema così detto delle *prove legali*. Esso consiste in questo: che la legge definisca *a priori* quali condizioni di prova da lei si esigono perchè si abbia la *prova piena:* quali perchè si abbia la *semipiena*.

§. 910.

Cotesto sistema opera l' effetto che il giudice, benchè non convinto nell' animo suo della reità, debba pur condannare, se ha la *prova legale;* e viceversa: purchè renda conto in sentenza dei fonti da cui rileva il grado di prova che afferma. E per la difficoltà pratica di avere piena prova dei delitti che il facinoroso occulta con ogni studio, conduce come sua ne-

Digitized by Google

cessaria conseguenza alla condanna con prova *semi-piena;* rendendo ciò tollerabile col ricorrere alla *gradazione* delle pene sulla proporzione delle prove. Questo sistema generalizzò la tortura, come mezzo creduto attissimo ad ottenere la confessione del reo, riputata in cotesto ordine di idee la regina delle prove. È pure una necessità di tale sistema la procedura *scritta,* meglio giovandoli il metodo *inquisitorio.* Esso ammette la *revisione* dei giudicati. Lo svolgimento più completo del sistema della prova legale nell' ultimo suo progresso mi sembra di trovarlo attuato nel codice d' istruzione criminale pubblicato in Prussia l' 11 decembre 1805. Ivi si permettono i mezzi coercitivi per far confessare il reo, proscritta però la tortura. Si abolisce l' antico sistema alemanno di rimettere il giudizio criminale sul processo scritto a dei collegi di sapienti o facoltà universitarie. Costituiti dei permanenti tribunali criminali si commette loro di giudicare appellabilmente sulla procedura scritta. La prova si divide in *piena* o *completa,* che sola può far luogo alla pena ordinaria; e prova *incompleta,* che può far luogo a pena *straordinaria,* o ad una *sospensione d' istanza.* Per la prova completa si richiede o la confessione legittima, o i documenti, o le deposizioni di due testimoni ineccezionabili. La prova indiretta o indiziaria, non basta che alla punizione straordinaria. Tutta la classazione degl' indizi vi si trova riprodotta. Il conflitto degl' indizi obbliga alla sospensione, accompagnata in certi casi dalla sorveglianza. Insomma questo codice presentò l' ultimo riassunto del metodo della prova legale. Ma anche la Prussia dovette cedere al movi-

Digitized by Google

mento Europeo. E con la legge del 17 luglio 1846 vide istituirsi il giudizio orale e il metodo della intima convinzione, come già in Toscana era avvenuto per la riforma giudiciaria del 1838.

§. 911.

Il principio della *certezza dell' uomo* si prende a base dell' affermazione o negazione della prova, nel sistema così detto della *intima convinzione*. Esso consiste in questo: che la legge niente si occupi degli elementi di prova pei quali il giudice dichiara costare del delitto; a lei basta che l' uomo cui viene affidato questo grave ufficio si dichiari convinto. Cotesto sistema opera che il giudice, anche a fronte di una prova che si direbbe pienissima, possa dichiararsi non convinto, ed assolvere: e viceversa che egli possa condannare senza nessune, ed anzi contro le più aperte testimonianze, e senza debito di render conto del perchè condanna. Questo sistema non ammette mezza convinzione, nè degradazione di pene desunta (ostensibilmente almeno) dalla inferiorità della prova. Esso è l' unico congruamente adattabile al processo accusatorio, e il più conforme all' indole del processo misto. Dispensa dalla procedura *scritta;* e non ha niente bisogno di giudici giureconsulti. Esso non si presta alla *revisione* dei giudicati (1).

(1) Intorno al sistema della intima convinzione dissertarono Swaving *de judicis animi sententia*, Abegg *de sententia condemnatoria ex solis jndiciis haud admittenda;* e più largamente Mittermaier nel suo libro *del processo orale*, ed in altri suoi scritti.

Digitized by Google

§. 912.

Siccome però tanto nell' uno quanto nell' altro metodo la legge deve definire, nell' uno le condizioni *intrinseche*, nell' altro le sole condizioni *estrinseche* delle prove; così sta bene che alle prove criminali si adatti sempre il predicato di *atti legittimi* (1), col quale le definì Carmignani.

(1) Nel sistema delle prove legali la prova deve esser legittima e nella *forma* e nella *sostanza*; e così sotto ambo gli aspetti offre argomento di una *dottrina giuridica*. Nel sistema della intima convinzione deve essere *legittima* nella forma; e soltanto *razionale* nella *sostanza*. E così sotto il primo aspetto offre argomento di una dottrina *giuridica*: non più sotto il secondo.

§. 913.

Il sistema della intima convinzione è storicamente il più antico; come è storicamente più antico il tribunale composto di cittadini anzichè di legisti, vale a dire la *giurìa*. In Grecia ed in Roma giudicavasi per convinzione, ed anche sotto l' Impero. Poscia le nordiche irruzioni, e la cresciuta prevalenza della ignoranza e della forza introdussero le ordalie e i duelli giudiciarii (1). Ed allora non fu più nè prova legale, nè intima convinzione: poichè l' ufficio del giudice si restrinse a verificare se l' accusato era uscito o no vittorioso dallo esperimento; se si era purgato; se il suo campione aveva o no vinto la pugna. Quando nel de-

Digitized by Google

cimoterzo secolo cotesta foggia tôrta di giudicare screditossi sotto gli anatemi del quarto concilio Lateranense del 1215 (2), nacque il processo inquisitorio; la giustizia penale venne in mano dei legisti; e dessi crearono il sistema delle prove legali. Sistema in allora benefico alla umanità. Perchè in faccia a leggi inique che vennero a minacciare penalità esorbitanti, e la morte per quasi tutti i delitti, fu un utile mezzo ad addolcire il rigore delle pene la facoltà di degradarle per una deficienza di prova. Da quell' epoca fino a noi prevalse generalmente in Europa cotesto sistema delle prove legali, tranne in Inghilterra, strenua conservatrice della giurìa. Di qui gli innumerevoli trattati giuridici sorti in Italia, in Francia, in Germania per dettare le regole sulle quali dovea la prova legale misurarsi dal giudice. Quando però la civiltà odierna non più si appagò dei progressi del secolo XIII, e delle tradizioni del processo inquisitorio, sorse, come si è veduto (§. 850) il processo *misto;* risorse la pubblicità dei giudizi penali; e come corollario rinacque il principio della intima convinzione.

(1) Innumerevoli sono gli scritti che ricordano le diverse forme con le quali si compivano quelle solennità che uomini superbi osavano chiamare giudizi di Dio. Può vedersi, la dissertazione dell' Hein che trovasi dopo il Besoldo *de arte et jure belli* — Hommel *jurisprudentia numismatica pag.* 127 — Meyer *storia delle istituzioni giudiciarie vol.* 1, *pag.* 241 — Tissot *droit pénal vol.* 2, *pag.* 510, *et* 513. Certo è che di cotesta forma risalgono le tradizioni fino ai libri biblici; *numeri, cap.* 5, *vers.* 27.

(2) Huc *influence du droit canonique sur le droit pénal.*

Digitized by Google

§. 914.

Questo principio ha tutta la sua razionalità se si congiunge alla istituzione dei giurati.

§. 915.

I giurati (giudici cittadini) guardati *storicamente* offrono questa vicenda costante: costituiti sempre dove il popolo è ammesso a partecipare dell' autorità politica, spariscono sempre (tranne dai tribunali militari) ovunque i poteri dello stato si riconcentrano in un solo od in pochi (1).

(1) Si vedano sui giurati gli scritti notissimi di Pisanelli (*della istituzione dei giurati, Torino* 1856) Cabelli (*i giurati nel nuovo regno d' Italia Milano* 1861) ed il compianto Mittermaier (*giudizio orale*, ed in molti altri suoi scritti). E sotto il rapporto storico — Selves *explication de l'origine du jury* — Rey *institutions judiciaires vol.* 2, *pag.* 36 *et suiv.* — Dumazeau *le barreau romain.* — Cock *de juratorum judicio.* — Valroger *esquisse du droit criminel des Romains* — Meyer *instituzioni giudiciarie.* — Walter *droit criminel des Romains traduit par* M. Damesme, *Paris* 1863, *pag.* 67 *et suiv*; e nella traduzione del sig. Bollati, *Torino* 1851, *vol.* 2 *pag.* 495. — Hale *the history of the common law*, *chap.* 12 — Becot *organisation de la justice répressive*, *Paris* 1860, — Buchère *Etude historique sur les origines du jury*, *Paris* 1862.

Digitized by Google

§. 916.

Guardati *politicamente* essi sono una deduzione logica di ogni libero reggimento. Messo il popolo a parte del potere legislativo, è incoerente negargli parte nello esercizio del potere giudiciario.

§. 917.

Sotto il rapporto della *giustizia*, essi porgono occasione a censura per mancanza di cognizioni legali. Ma i giudici permanenti vanno incontro invece alla censura della *abitudine*, che contraggono a cercar sempre delinquenti e delitti. Con questa diversità, che il rimprovero ai *giurati* può eliminarsi con una buona legge organica che restringa *veramente* al puro *fatto* le questioni da proporsi loro: mentre il secondo rimprovero non ha riparo, perchè la natura umana non si cambia. Oltre a ciò cotesto obietto va alla radice del sistema costituzionale, e del repubblicano; poichè ammessa la sua verità, in parlamento e in comizio dovrebbero sedere i *soli legisti;* che Dio ce ne liberi.

§. 918.

Finalmente sotto il rapporto *morale*, la giuria è utile mezzo per educare il popolo; affezionarlo alla cosa pubblica; e rendere più simpatica e più efficace la penalità, con grande incremento della sua forza morale.

Digitized by Google

§. 919.

Malgrado i pregi della giuria, essa è respinta da molti paesi, o per paure governative, o per prevenzioni sfavorevoli, o perchè il popolo non è ancora assai civile per rispondere a questo nobile ufficio, o perchè più spesso i vizii del suo ordinamento, qual è in Francia, fanno parere più comodo di rigettarlo anzichè correggerlo. E per una artificiale combinazione si accetta il principio della *intima convinzione*, applicandolo a giudici legisti permanenti in ufficio: i quali decidono il fatto sulla scorta della mera logica e del sentimento dell' animo loro, e il diritto secondo i canoni giurisprudenziali. Onde ne avvenne che i giudici magistrati non si astrinsero a dar ragione o conto nessuno della pronunzia sul *fatto (vero-detto)*, obbligandoli però sempre alla motivazione del *diritto*.

§. 920.

Finchè durò il metodo delle prove legali, il secondo argomento della teoria della prova (lo studio dei suoi *fonti*) offrì grande interesse. Sotto il sistema della convinzione non ha eguale importanza: perchè inutilmente verrebbe a dirsi ad un giudice che un testimone è eccezionabile, o che un indizio è remoto, quando a lui basta rispondere, *io son convinto*. Pure la dottrina giuridica dei *fonti* della prova, benchè oggi affatto deserta di forza precettiva, non può essere del tutto intralasciata, e come documento storico, e

Digitized by Google

come chiave di una nomenclatura che è pur rimasta nell' uso; ed anche perchè i vecchi precetti giuridici, benchè ridotti all' umile proporzione di precetti logici, possono essere tuttavia di non poca utilità a chiunque ricordi che se la legge in questo sistema non chiede conto al giudicante del perchè siasi convinto, gli fa precetto però di convincersi *secundum dicta et probata;* e questo precetto civile, anche dove non si rafforza da nessuna guarentigia esteriore, diviene come condizione apposta al potere conferito dalla legge, un precetto di morale e di religione (1).

(1) Sui limiti che la ragione e la giustizia vogliono imposti alla intima convinzione, vedasi Ellero *della critica criminale, cap.* 41. Ma tutti i nobili sforzi degli scrittori non potranno mai unificare la certezza *morale*, che ha per natura sua il solo regolo della coscienza, con la verità *logica.* È troppo facile che il *sentimento* assuma la sembianza del *giudizio* nell' individuo che non è costretto a dar conto ragionato della sua credenza. Helie *instruction, vol.* 5, §. 342, 344, *n.* 2. L' unico mezzo di rendere una verità la distinzione fra la convinzione del *legista*, e la convinzione del *giurato*, si è quello di prescrivere ai magistrati permanenti ai quali si fa balìa di giudicare per intima convinzione, il dovere di render conto sommario degli elementi di prova dai quali hanno desunto il loro convincimento. Io ho veduto per molti e molti anni praticarsi con grande utilità codesto metodo nella mia patria. Al giurato che si convince per *sentimento* non può chiedersi cotesto conto. Ma se è vero che il magistrato permanente formi la sua convinzione secondo i canoni di legale ermeneutica, niente deve a lui repugnare di accennarne i fonti; e niente repugna che ciò gli s' imponga dalla legge.

Digitized by Google

Articolo II.

Dei fonti della prova in criminale

§. 921.

Delineando i *fonti* della prova in criminale non intendiamo, come di sopra (§. 783) accennammo, di svolgere un corso di logica giudiciaria: ma soltanto ricordare le principali regole ed aforismi che su tale argomento s' insegnarono nelle scuole ed ebbero valore nella pratica.

§. 922.

I fonti della prova si distinsero in *artificiali*, e *naturali* (o sia *inartificiali*). Distinzione, che quantunque risalga a Cicerone e ad Aristotele si censurò da Mario Pagano con l' osservare come nella valutazione di ogni mezzo di prova dovendo il giudice usar sempre dell' arte critica, non esista un modo di prova esente a tutto rigore di termine da ogni artificio. Ma con tale censura si travisò il concetto della distinzione: la quale non colpisce il fatto probante nel momento in cui si calcola la sua esistenza come verità (poichè sicuramente è impossibile valutare qualsiasi prova senza l' aiuto di raziocinio) ma colpisce il rapporto della cognita con l' incognita: rapporto che in alcuni casi è *naturale*, ossia ontologicamente necessario, come nella confessione *del delitto;* in altri è tutto figlio del-

Digitized by Google

l' arte; ossia può essere e può non essere. Ho bisogno di raziocinio a persuadermi se il confitente è sincero. Convintomi di ciò non ho più bisogno di arte logica per dir provato il fatto confessato.

§. 923.

Piuttosto cotesta divisione pecca di *inesatta enumerazione di parti*, quando esemplifica le prove inartificiali nei *documenti*, *testimoni*, e *confessioni* del reo; e le artificiali negli *indizi*. Infatti: spessissimo il rapporto tra le attestazioni, la confessione, il documento, e il delitto che si cerca, è *contingente:* che è quanto dire ha bisogno dell' arte critica per condurre alla certezza; come è intuitivo ogni qual volta il *documento*, la *confessione*, o la *testimonianza* non prova direttamente *il delitto* che si cerca, ma un altro fatto a cui vuol darsi valore di argomento ed indizio.

§. 924.

Checchè sia di ciò, i fonti della prova criminale si riducono ai quattro testè enumerati — 1.° *documenti* — 2.° *confessioni* — 3.° *testimoni* — 4.° *indizii*. I primi tre possono essere *fonte semplice* della certezza: il quarto non può essere che *fonte complesso*, perchè onde possa dirsi che esiste, ha bisogno del presidio di uno degli altri elementi. Infatti prima di cercare mercè l' artifizio del ragionamento se una data circostanza di fatto valga o no ad argomentare la reità, è necessario che sia stabilito se la circostan-

Digitized by Google

za medesima esista o no come verità di fatto; e questa esistenza non può essere provata che col mezzo di uno dei tre fonti inartificiali. È il massimo degli errori quello di provare uno indizio mediante un altro indizio. Con questo metodo perniciosissimo si costruisce una piramide di sofismi.

I.

Documenti.

§. 925.

Documento è in generale qualunque cosa materiale che fa testimonianza (da *docere*) di un fatto. Più specialmente diconsi in criminale documenti, o *istrumenti* (da *instruere*) tutti gli *scritti che servono a provare il delitto, o i suoi autori* (1). Così è documento anche un processo verbale, con cui un ufficiale pubblico referisce le verificazioni *materiali* da lui fatte coi sensi proprii: poichè il mezzo *immediato*, che reca quella verificazione materiale sotto gli occhi del giudice, è la scrittura. Laonde non sembra doversi fare degli *accessi locali* un *fonte speciale* di prova, come ad alcuno piacque.

(1) Questa definizione del *documento in criminale*, sembra non s'intenda così da alcuni sostenitori dell' áccusa ai quali piace di opporsi alla produzione e lettura di carte che non abbiano carattere di autenticità. Ma davvero codesta opposizione, che ho dovuto talvolta incontrare nella mia pratica; è per me altrettanto inconcepibile quanto nuova. Spetta

Digitized by Google

ai giudici del merito valutare la credibilità maggiore o minore di una scrittura privata che si produca dalla difesa: ma quando l'accusa spesso si vale ad ottenere la condanna del giudicabile di scritti informi, lettere, ed appunti (e dovette bene essere così, specialmente sotto il sistema della intima convinzione) come può essa pretendere che il difensore del reo non possa addurre altro argomento scritto tranne contratti rogati per mano di notaro? Si sa bene che nella seconda fase del sistema misto tutto deve essere fatto oralmente, e perciò non possono leggersi le *attestazioni* di persona vivente che non sia personalmente comparsa a deporre. Ma bisogna distinguere fra carte che vogliono spiegare *la loro vita nel giudizio orale*, come certificati o testimoniali, e carte che *abbiano già precedentemente avuto la loro vita* e vengano nel dibattimento come *materiali testimonianze* di un *fatto materiale già precedentemente compito*, come lettere, minute, conteggi, o altro simile. Questa distinzione non è sempre sufficientemente avvertita. In quanto ai primi potrà farsi questione della loro *ammissibilità*, ma in quanto ai secondi non può farsi questione che della loro *credibilità*.

§. 926.

I documenti devono essere guardati sempre sotto duplice rapporto. In rapporto a sè medesimi, per constatarne la *forza esteriore;* e in rapporto al delitto, per valutarne la *forza interiore*. Si produce (a mo' di esempio) una lettera che si afferma *mia*. Io nego che il carattere sia mio, e occorrono a vincere questa negativa verificazioni e perizie. Ecco il documento nello stadio della sua prova esteriore. Esce da questo stadio quando è accertato che la lettera è mia: ma con ciò non è ancora concluso che egli faccia prova del delitto

Digitized by Google

cercato. Il documento allora passa nel secondo stadio della discussione sulla sua intima concludenza: il senso di quello scritto è ambiguo. Vi si parla del delitto in questione, o di altro fatto innocente? Perchè dal documento scaturisca un indizio di reità bisogna che egli vinca questo secondo ostacolo dopo aver vinto il primo. Istituire la seconda indagine prima di avere esaurito la prima è sofisma.

§. 927.

I documenti possono essere o *pubblici* o *privati*, secondochè emanano da un' autorità competente, o da mano privata. Nel primo caso possono offrire in loro stessi l' *attività esterna* completa, fino all' accusa di falso. Nel secondo caso prima di calcolarne la efficacia *interiore (o obiettiva)* deve il giudice accertarsi della loro efficacia *esterna (o subiettiva)*; sia per confessioni del reo, sia per attestazioni, o per verificazioni peritiche.

§. 928.

È difficile concepire un documento che possa *di per sè solo* bastare al processo, e porgere prova completa del delitto. Perchè oltre alla necessità di desumere *aliunde* la efficacia *subiettiva* del documento quando ei non sia *pubblico*, la sua efficacia *obiettiva* ha sempre bisogno del presidio di altre prove: o sia che il documento si referisca al *materiale*, e si affermi come *costitutivo* del malefizio; nel qual caso

Digitized by Google

resta a provarsi *aliunde* lo *speciale*, e il *formale* del reato: o sia che si referisca allo *speciale*, affermandolo come *indicativo* del colpevole; il quale naturalmente deve essere dimostrato o per confessioni, o per attestazioni: o sia che voglia referirsi al *formale*, rilevando dal medesimo la proeresi criminosa; che bisogna consolidare sopra argomenti e fatti accessorii, verificati per altre vie.

II.

Confessioni.

§. 929.

Dicesi *confessione* del reo qualunque affermazione da lui emessa *a proprio carico*. In questo sta la essenza della *confessione*, che per tal guisa si contrappone alle *impugnative*, ed alle *eccezioni* dell'accusato.

§. 930.

La confessione del reo può cadere o sul *delitto*, o sopra un *fatto diverso* che per argomentazione voglia spendersi come indizio del delitto.

§. 931.

In tutti i casi la confessione non è *legittima* (cioè non è conforme alle condizioni che la ragione esige per la sua credibilità) se non è accompagnata dai seguenti caratteri:

Digitized by Google

1.° — deve essere preceduta dalla prova del *materiale:* ciò anche nei delitti di *fatto transeunte*, e molto più in quelli di *fatto permanente.*

2.° — deve esser *giudiciale;* emessa cioè in faccia al giudice competente.

3.° — deve essere emessa al seguito di *interrogatorio;* non ultronea perchè ciò fa sospettare che il reo abbia qualche segreto motivo per fingersi colpevole (1).

4.° — deve emanare da persona *intelligente* e *libera.*

5.° — deve essere emessa in modo *principale*, onde apparisca seria e avvertita; non *incidentalmente.*

6.° — deve essere *spontanea:* non estorta per via di violenze o fisiche o morali, le quali lasciano sempre dubbiosi della sincerità di chi parla: nè per via di artifizi, li quali (per quanto eventualmente utili alla curiosità dello inquirente) condurrebbero la giustizia a profittare di una immoralità.

7.° — deve cadere su cose *possibili.*

8.° — deve essere *univoca.*

9.° — deve essere *costante;* non *revocata*, sia immediatamente, sia in un successivo esame.

10.° — deve essere *espressa;* non *tacita* quale è quella desunta dalle transazioni.

11.° — deve essere *vera*, non *finta;* quale è quella che si induce dalla contumacia.

12.° — deve essere *vestita*, non nuda: e in ciò consiste la maggior forza probatoria delle confessioni. Di questo requisito fa parte la *verificazione* delle circostanze con le quali il reo accompagnò la sua confessione (2).

Digitized by Google

(1) È singolare il caso ricordato da Mittermajer di un malfattore che si confessò reo di un delitto avvenuto dove egli non era, per procacciarsi nella sentenza condennatoria per quel lieve delitto un documento che giustificasse il suo *alibi* e lo ponesse al coperto dalla pena incorsa da lui per atroce misfatto altrove commesso. Così un maresciallo di Francia si fece nel passato secolo condannare per uno stupro da un tribunale di Provincia, per vincere la lite che gli aveva mosso contro la moglie a fine di nullità di matrimonio per impotenza. Io ebbi a mano un giovine così perduto ad ogni senso di onore, e così deserto di ogni virtù cittadina, che si finse colpevole di un piccolo furto per ottenerne esenzione dalla leva militare.

(2) Vedasi Winspeare *dissertaz.* 1 *della confessione dei rei* — Heijlidij *de vi probationis quam habet confessio criminis rei.*

§. 932.

Questi canoni, che furono sotto il sistema delle prove legali altrettanti precetti giuridici, non sono oggi che regole di critica; le quali devono pur sempre anche come tali avere gran valore appo il giudice imparziale. La confessione corredata da cotesti requisiti ebbesi un tempo come fonte di *prova piena:* e poichè parve non potere essere tranquilli sulla colpabilità se il reo non ne conveniva, si applaudì ad ogni mezzo che portasse il reo a confessare. Poscia per una reazione di idee si levò all' apice il discredito della confessione, proclamandola il più inetto tra i mezzi di prova, sino a tal punto che appo alcuni parve disumano lo interrogare il reo sul proprio delitto (1). La verità sta sempre nel giusto mezzo.

Digitized by Google

(1) Che il reo abbia *diritto a tacere* e non gli si possa fare alcun carico del suo rifiuto a rispondere, e molto meno (a mio credere) costituirne una nuova circostanza aggravante lo ha riconosciuto Bonneville, e Dessalles (*Detention preventive pag.* 18, *e* 19) e già lo aveva insegnato quel precursore di tante verità che fu Pietro Ayrault *ordre, formalité et instruction judiciaire liv.* 3, *part.* 3, *n.* 27. Nella Inghilterra (che da tanti si propone, per superficiali nozioni, come modello di giustizia penale) vige la pratica che sul reo confesso non si chiede verdetto, ma esso si consegna al giudice perchè senza più applichi la pena; lo che riproduce quella vecchia regola *adversus confitentem datur judex non rei judicandae sed aestimandae.*

§. 933.

Si agitò pure viva questione sulla *scindibilità* della confessione: questione che si estende ancora alla scindibilità dei deposti testimoniali. Siffatta questione deve in criminale risolversi distinguendo giusta la formula dell' Ellero; secondochè il fatto principale è *comprovato*, o la qualità è *reprovata* per altra via. Non avendosi altronde nè lo assodamento del principale, nè la confutazione della qualità, lo scindere sarebbe un capriccio illogico e crudele.

§. 934.

È al fine di ottenere o la confessione, o la impugnativa, o le eccezioni del reo, che si esige nel processo criminale (qualunque siane la forma) lo *esame* o *interrogatorio* dello imputato.

Digitized by Google

§. 935.

Dicesi *sommario* l' esame del reo che cade soltanto sulla identificazione di persona o di qualità: *ordinario* quando cade sul fatto delittuoso.

§. 936.

L' esame ordinario dicesi *piano*, quando si limita a richiamare il reo sulle circostanze che cade in acconcio indagare; senza niente obiettargli. Dicesi esame o costituto *obiettivo* (1) quando al reo si contestano le risultanze degli atti che starebbero a contradirlo, onde egli replichi a tali obietti secondo sua cognizione o pensiero. Il costituto obiettivo nel processo inquisitorio è il primo germe della contestazione dell' accusa, e sarebbe gravissimo vizio l' ometterlo: nel processo *orale* si fa col richiamare l' accusato a fare le sue osservazioni su ciò che in sua presenza hanno deposto i testimoni. E qui non è mai bastantemente raccomandata ai giudici che dirigono il dibattimento la tolleranza. Sarebbe vizio gravissimo se al reo che vuole obiettare una qualche cosa avverso il testimone che lo ferisce, si troncasse la parola prima che esso avesse spiegato il concetto di ciò che vuole opporre. Il reo non è là per essere muto spettatore del giudizio. Dal lasciarlo dire spesso avviene che meglio si chiarisca la sua colpevolezza, ma spesso avviene altresì che se ne chiarisca la innocenza. E in ambo i casi vuole giustizia che siasi pazienti con lui. Lo interromperlo ri-

Digitized by Google

vela o la presunzione di avere indovinato ciò che vuol dire, o una convinzione precoce della vanità del suo detto: e ciò fa sempre un bruttissimo senso nel pubblico.

(1) È doloroso vedere che alcuni procedimenti odierni abbiano dimenticato la necessità del costituto obiettivo, quasi ritenendola incompatibile col giudizio orale. Dove non si abbia processo *scritto* ciò starà bene: ma nel vero processo misto è un grave inconveniente. Da un lato ne può soffrire la giustizia, perchè quei discarichi che il giudicabile viene a dare al dibattimento possono essere suggeriti dal difensore dietro cognizione del processo: dall' altro lato ne può patire la innocenza, perchè i giurati possono sospettare (e spesso avviene tale sospetto) che i discarichi dati all' udienza siano ingegnosi trovati del patrono; mentre se il giudicabile avesse avuto un esame obiettivo li avrebbe dati identici dalla sua segreta, e così in condizioni di maggiore credibilità.

§. 937.

Nell' interrogatorio dei rei i progressi della scienza non tollerano più che si adoperi il *giuramento* col quale un tempo si poneva un infelice in lotta fra la propria coscienza e il proprio pericolo. Oltre a ciò la ragione impone certe regole da osservarsi per raggiungere il fine al quale è ordinato; regole che le leggi procedurali devono più o meno esplicitamente imporre come precetto agli interroganti.

§. 938.

Tali regole, che si accomunano congruamente anche agli esami dei testimoni, sono le seguenti —

Digitized by Google

1.° — usare sempre metodo *analitico* — 2.° — cercare nel linguaggio la maggiore *precisione* e *chiarezza* — 3.° — esaminare ciascuno *separatamente* — 4.° — invitare l' interrogato a indicare i mezzi di *comprovare* ciò che afferma — 5.° — ove l' esame debba esser recato in scritto, farne *lettura*, e chiederne la *conferma*, e possibilmente la *firma* all' interrogato — 6.° — evitare il *suggesto*.

§. 939.

Il *suggesto* in genere consiste nel procedere per guisa da *presupporre* certo ciò che si cerca; e così *suggerire* al rispondente la risposta: la quale per conseguenza non viene più ad essere la spontanea espressione dell' animo suo, e la manifestazione genuina di ciò che egli sapeva prima di venire allo interrogatorio, ma un eco di ciò che il giudice stesso gli ha suggerito. Viziosissimo è ogni interrogatorio che pecca di suggesto. Vizioso *logicamente*, perchè procede su petizione di principio. Vizioso *giuridicamente*, perchè fa dubitare della veridicità della risposta.

§. 940.

Guardato rapporto al suo *oggetto* il suggesto può cadere o sui *fatti*, o sulle *cose* o sulle *persone*. Cade sui *fatti* dei quali si cerca la sussistenza, quando consiste nel porre entro la interrogazione la risposta a ciò che si brama sapere, o l' affermazione di cosa tuttora incerta. Cade sulle *cose* o *persone* che si vogliono

Digitized by Google

identificare, quando si presenta alla recognizione quell' *unica* cosa o persona che il giudice *presuppone* identificata.

§. 941.

Guardato rapporto al *modo* con cui si pone in essere il suggesto dividesi in *verbale* e *reale*. Il *verbale* è quello che si fa col presentare la dimanda capziosamente. Il *reale* è quello che si fa con atti materiali di intimidazione e violenza. Vi è suggesto quando cercando la identificazione di un oggetto o di una persona si presenta (come ho detto) allo interrogato quel tale oggetto o persona che l' accusa vuole identificare non mescolandolo con altri. Questa forma di suggesto è *mista* di reale e di verbale. È reale in quanto con la presentazione di quella cosa si suggerisce allo interrogato la idea della identità di quella cognita con la incognita che si cerca. È verbale in quanto con la interrogazione viene a suggerirsi tale idea di identità.

§. 942.

Il più barbaro, il più esecrato, e il più illogico frai suggesti reali è la *tortura* (1). Sottoponendo l' interrogato ai tormenti si presuppone che egli sappia ciò che nega sapere; si presuppone vero ciò che impugna; si presuppone colpevole: si presuppone in una parola ciò che forma oggetto tuttora incerto della investigazione. Di più si sottopone al male grave ed effettivo dei tormenti un uomo, del quale è dubbio tuttora se sia innocente o colpevole, o se sia sincero

Digitized by Google

oppure mendace nelle dichiarazioni che si vuole costringere a ritrattare (2). Infine si violano i precetti della legge naturale, perchè si usa del corpo umano come strumento ai nostri desiderii. Gli antichi Greci, e in generale tutti i popoli meridionali, la usarono indistintamente. I Romani non ne usarono che contro i servi, perchè li consideravano come *cose;* ma sotto l' impero d' oriente si scordò affatto questa distinzione. Le invasioni dei popoli del nord i quali, quantunque barbari, meglio rispettavano la umana personalità, la fecero cessare per tutto l' orbe romano. Esclusa dalla legge Salica, Ripuaria, Bavara, e proscritta dai Carlovingi, per qualche tempo scomparve. Ma i processi di eresia ne avevano necessità, perchè senza le rivelazioni dell' accusato male si potevano conoscere le sue credenze. E la tortura risorta nei tribunali ecclesiastici, allargatasi col processo inquisitorio, accarezzata per ottenere la prova legale; tornò ad invadere quasi tutta l' Europa, dove per parecchi secoli ne fu fatto un abuso orribile con le tanaglie, con le corde, coi chiodi, coi cavalletti, e con cento altri ritrovati di una curiosità crudele. Nè soltanto si torturarono gl' inquisiti, ma anche i testimoni e per poco che il deposto loro non rispondesse alle mire della inquisizione si martoriarono barbaramente. La storia mostrò che coi tormenti si erano ottenute spessissimo confessioni di cose false e di cose impossibili. La ragione mostrò che per cotal guisa la reità e la innocenza dipendeva dal coraggio, e dalla durezza dei nervi del giudicabile. La umanità si rivoltò contro un metodo atroce che storpiava gli uomini (3) per

Digitized by Google

un mero sospetto. Ed una delle più belle conquiste di cui la civiltà odierna possa superbire, fu quella appunto di condannare al fuoco tutti questi armamentarii di una giustizia insana e feroce. Sembra impossibile che per un rispetto a *ciò che è stato fatto per sì lungo tempo da tanti popoli culti con coscienza di fare cosa buona*, siasi udito ai nostri giorni risuscitare l'elogio della tortura, come di cosa non tanto irragionevole, e in certi tempi e condizioni anche vantaggiosa! Tali sono le conseguenze dell' amore troppo cieco del sistema così detto storico.

(1) La tortura si censurò dai moralisti. Dopo sant' Agostino, la Bruyere e Charron (*de la sagesse liv.* 1, *chap.* 4, §. 7) notarono che per timore di uccidere un innocente gli si faceva peggio che ucciderlo. Fra i pubblicisti Grozio nelle sue lettere (*lettera* 693) la proclamava il presidio dei rei robusti. Mascardo (*de probationibus conclus.* 901) ne mostrava i danni alla innocenza. I novatori Italiani del passato secolo la stigmatizzarono come tutti sappiamo. In Austria fu abolita per le cure di Sonnenfels. In Toscana per editto di Leopoldo I. In Francia per il decreto del 24 agosto 1780. La storia della sua abolizione in Prussia ce la dà Behmero *novum jus controversum observ.* 74. Non mancarono però uomini di tanto cuore e di tanto senno da negarsi alla voce della umanità ed alla luce della evidenza prendendo audacemente a sostenere questa abominazione: si veda Lamprecht, *analecta de tortura*, e Opgelder *de quaestionibus sive tortura reorum*. Dov' è la ingiustizia, dicevasi dai sostenitori della tortura? Non è anzi giusto che un uomo sopporti la pena di aver *dato occasione* di *sospettare* di lui! Di che lagnasi il reo? soggiungevano altri: la tortura è a *tutto favore* del-

Digitized by Google

l' accusato; perchè lo fa *giudice in causa propria*. Persista a negare, ed è salvo.

(2) Chi voglia formarsi una idea dell' antica tortura legga i tre volumi del Toselli *foro criminale Bolognese Bologna* 1841-42: dove si trovano fedelmente estratti molti esami di accusati o di testimoni sottoposti a tormenti.

(3) È un fatto storico che un capitano di masnadieri assuefaceva i suoi uomini alla tortura, come si assuefanno oggi agli esercizii militari, perchè potessero sostenerla cadendo in mano della giustizia.

III.

Testimoni.

§. 943.

La parola *testimonio* nel linguaggio figurato può referirsi così ad una *cosa* come ad un *fatto* ma nel linguaggio giuridico non designa che una persona. *Testimone* dicesi qualunque persona di cui usiamo a far fede di cosa dubbia.

§. 944.

I testimoni possono essere *istrumentali*, o *ordinarii*. *Istrumentali* sono quelli che si chiamano appositamente ad assistere ad un atto solenne per certificarne e completarne la forza *esterna*. *Ordinari* sono quelli che accidentalmente informati di qualche fatto si chiamano a narrare ciò che ne sanno.

Digitized by Google

§. 945.

Le *qualità* richieste nei testimoni istrumentali devono essere preventivamente determinate dalla legge.

§. 946.

Quanto ai testimoni *ordinarii* è necessario prendere quelli che la eventualità rese informati di ciò che si cerca. Laonde, potendo il caso offrire a testimonj di un fatto persone di dubbia fede, si dividono naturalmente in *idonei* o *classici*, e *inidonei* o *eccezionabili*.

§. 947.

La fede che si accorda all' asserto di alcuno ha per base la esperienza; la quale mostra che l' uomo *per regola* percepisce e narra il vero, e solo eccezionalmente si inganna o mentisce. Cotesta regola si avvalora perciò di due presunzioni — 1.° la presunzione che i sensi *non abbiano ingannato* il testimone — 2.° la presunzione di veridicità che assiste ogni uomo, la quale porta a ritenere che egli *non voglia ingannare*.

§. 948.

Coloro nei quali quelle due presunzioni conservano la ordinaria efficacia, si dicono testimoni *idonei*. Si dicono *eccezionabili* quelli rapporto ai quali una qualche circostanza fa vacillare l' una o l' altra di coteste pre-

Digitized by Google

sunzioni, od entrambe. La critica della credibilità di un testimone dipende tutta dal concorso di qualche circostanza che induce a temere, o che siasi ingannato, o che abbia voluto ingannare.

§. 949.

Dunque le eccezioni contro un testimone forza è che cadano o sul suo *intelletto* — sospetto ch' ei s' inganni: o sulla sua *volontà* — sospetto ch' ei voglia ingannare.

§. 950.

Le cause *intellettuali* possono essere o *assolute*, o *relative*: secondo che il testimone è inabilitato a scernere il vero su tutto, come il demente; o soltanto su certe cose, come il cieco, il sordo, lo straniero, su ciò che dipende dalla vista, dall' udito, o dalla cognizione del linguaggio (1).

(1) I difetti fisici per cui non si menoma la facoltà di intendere e ragionare non sono eccezioni ragionevoli. Perciò mi apparve privo di senso comune l' obietto che udii fare da certuno contro la credibilità di un testimone, perchè era *bleso! vera refero.*

§. 951.

Le cause che influiscono sulla *volontà* del testimone sono tutte quelle che eccitando in lui un *interesse* a mentire, fanno sospettare che per obbedire a tale in-

Digitized by Google

teresse abbia deviato dalla naturale propensione ad essere veridico.

§. 952.

Questa seconda serie di eccezioni o difetti (che se si guarda nella *influenza sull' animo* del testimone risale ad un unico principio) si suddivide poi in due subalterne serie quando si guarda nel suo *modo di rivelarsi all' animo del giudice*. È questo il criterio col quale i giuristi dividono le cause di sospettare il mendacio del fidefaciente, nelle due classi di difetti nella *persona*, e difetti nel *detto*.

§. 953.

Sono difetti nella *persona* quelli che si rivelano al solo considerare le condizioni *personali* di un testimone, prima ancora che parli. Difetti nel *detto* sono quelli che sorgono inattesamente dalla sua deposizione.

§. 954.

I principali difetti nella *persona* del testimone derivano dalle seguenti cause:

1.° Dal pubblico *disprezzo* — per cui si dicono eccezionabili i lenoni, le meretrici, i questuanti per la facilità ad essere compri.

2.° Dal *delitto* — per cui sia stato il testimone inquisito o condannato altra volta; purchè sia tal delitto che mostri abitudine ad *ingannare*, o *mentire* (1).

Digitized by Google

3.° Dai *rapporti col processo* — quando vi abbia interesse: come i soci del delitto, i partecipanti alle multe; gli offesi in quanto alle circostanze del fatto che loro rechino lucro, i denuncianti (2); quelli che depongono a propria esonerazione, o che sonosi offerti ultronei a testificare.

4.° Dai *rapporti* colla *persona del reo* o *dell' accusatore* amici e nemici, congiunti, servi, dipendenti, subalterni in impiego, familiari, difensori.

5.° Dalla *natura* della prova — nel sistema delle prove legali è difetto nei testimoni la *unicità*.

(1) Farinaccio *de testibus quaest.* 56 — Damhouder *practica criminalis cap.* 50, 51 — Carpzovio *practica nova pars* 3, *quaest.* 114, *n.* 26 *ad* 38 — Matthaei *de probationibus pag.* 322 *ad* 365 — Thomasio *dissert.* 127, *tom.* 4, *pag.* 539 — Bohemero *meditationes in Carolinam art.* 66 — Leyser *meditat. ad pandectas spec.* 283, *med.* 32 — Verbeek *de fide testibus famosis habenda.*

(2) Si chiamano *denunzianti* coloro che si limitano a dar parte del delitto *in genere* senza indicarne il preciso autore; si dicono *querelanti* quelli che hanno inoltre designato alla giustizia l' individuo che affermano delinquente. Finchè gli uni o gli altri si limitano a tale funzione possono nei congrui casi restare passibili dell' addebito di calunnia. Ma spesso avviene che essi assumono ancora la veste di testimoni, nel quale caso non vi è dubbio che si rendano passibili delle pene minacciate ai falsi testimoni, e codesto loro pericolo accresce le ragioni della loro credibilità. Dissertarono specialmente sulle varie specie di testimoni, Van-Limburg *de testib. in caussis criminal.* — Ras *de vinculi cognationis et affinitatis vi et efficacia in jure criminali* — Verbeek *de fide habendi in criminali testibus famosis* — Van Loenen *de testium fide jureju-*

Digitized by Google

rando firmanda. In ordine alla fede da darsi alle deposizioni degli offesi incontrasi una pronunciatissima discrepanza di opinioni. La maggior parte degli antichi dottori proclamò *inidoneo* l'offeso che si udìa come testimone; repugnante che la parola di colui che contro l'altro non aveva nessun valore nel giudizio civile avesse peso trabocchevole nel giudizio penale. La moderna giurisprudenza ha fatto in certa guisa un sacrificio alla pubblica sicurezza, ed in pratica si tiene gran conto (e sovente anche troppo) del deposto del leso. Io ho avuto in pratica un processo ove non si esaminò che un solo testimone, ed era l'*offeso;* ed il reo negativo fu condannato. In questo conflitto non bisogna dimenticare una distinzione: quando il delitto è certo nel suo *materiale* per prova che ne emerga da altro lato, e dall'offeso si cerca soltanto la designazione dello speciale autore di quel reato, non può più parlarsi di *animosità.* Codesto obietto che l'accusato faccia al dolente, pecca d'intrinseca contradizione; perchè l'animosità di un offeso non può essere diretta che contro il suo *vero* offensore: sicchè il reo supponendo l'animosità suppone il proprio delitto che vorrebbe negare. Che se l'animosità si giustifica per *altre cause,* allora il testimone non più si ecceziona perchè *offeso,* ma perchè già d'altronde *nemico.* Solo in certi casi il sospetto contro l'offeso può nascere dalla ricchezza dell'accusato, la quale solleticando l'avidità del leso gli faccia dimenticare il sentimento della vendetta contro il suo vero offenditore (che forse è un miserabile) nella speranza di un pingue lucro a titolo d'indennità. È questo il movente ordinario di molte querele di stupro. Ma nell'opposto caso, quando cioè il materiale è dubbio, e la prova del medesimo o delle sue più gravi circostanze si vuole costruire sulla unica attestazione del dolente, la eccezione deve militare contro di lui appo giudici coscienziosi con tutta la energia della sua forza.

Digitized by Google

§. 955.

Si dicono eccezionabili o difettosi nel *detto* i testimoni,

1.° Che narrano cose *impossibili*, o grandemente *inverosimili*.

2.° Che si esprimono in modo incerto e *dubbioso;* per quanto siano molti di numero; perchè cento *mi pare* non possono fare un *è*.

3.° Che sono o *varii*, o *contradittorii* seco medesimi.

4.° Che non danno *causa della loro scienza*.

5.° Che risultano *mendaci* in una *parte* del loro deposto: onde la regola di ragione naturale — *mendax in uno mendax in toto*.

6.° Che depongono con *animosità*, con *affettazione;* o se in più, *per eumdem praemeditatum sermonem*.

7.° Che sono *singolari* di singolarità *ostativa*, o *diversificativa;* non però di *amminicolativa*.

8.° Che furono esaminati *senza giuramento*. È infatti comune avviso, malgrado i sottili obietti del Carmignani, che debba tenersi come di grande importanza la cautela del giuramento ai testimonj.

§. 956.

Avvi taluno che per effetto di pregiudicate opinioni vuole aggiungere alla classe degli eccezionabili indistintamente tutti i testimoni *indotti dal reo* a propria discolpa. Inveiva contro codesto errore Beniamino Constant *(commentario a* Filangieri *pag.* 207,

Digitized by Google

cap. 9) deplorando il perverso costume di alcuni giudici che con levità interrogavano, e con segni di disprezzo ascoltavano i testimoni a difesa. Si usano (egli diceva) tutte le insinuazioni, e le arti per condurre i testimoni dell' accusa a conciliare le loro contradizioni, e a far disparire dai loro deposti tutte le inverosimiglianze. Si usano invece tutte le arti per cogliere in fallo i testimoni indotti a difesa. Io non conosco (aggiungeva) nulla di tanto scandaloso e di tanto criminoso quanto codesta condotta. I lamenti dell' illustre filosofo avevano bene un fondamento di ragione se il fatto sussisteva. Il giudice deve accogliere senza preoccupazione così le deposizioni dei testimoni a carico, come quelle dei testimoni a discarico. Non può ammettersi come presunzione che il testimone dell' accusa sia imparziale, e il testimone della difesa sia subornato. La eccezione o il sospetto contro i testimoni a difesa non può ragionevolmente nascere che da quelle circostanze che rendono sospetti i testimoni ad offesa. La *ultroneità* secondo i casi sarà eccezione sì contro gli uni, che contro gli altri. Ma se bene si considera, la *ultroneità* deve tenersi come eccezione più grave contro i testimoni che vengono a nuocere al giudicabile, poichè non potendo negarsi la repugnanza che ha l' uomo a far del male al suo simile, la esibizione ultronea a fare una prova che trascina un infelice alla pena, rivela un segreto movente per cui si è vinta la pietà naturale; laddove il testimone a difesa, quando anche si esibisca ultroneo, trova spiegazione sufficiente del suo contegno, non solo nel sentimento della pietà, ma più ancora nel dovere cristiano d' impedire un

Digitized by Google

male terribile, qual sarebbe la condanna di un innocente. Prescindendo poi dall' ultronea comparsa, quando un cittadino costretto dall' ordine del magistrato si reca a deporre, è incivile ed irragionevole, che il magistrato che lo intimò a comparire lo accolga colla prevenzione che ei venga a giurare il falso, solo perchè il suo esame fu richiesto dalla difesa del reo. Non nego che in pratica i raffinati delinquenti si preparino talvolta testimoni a discarico: come qualche altra volta un raffinato calunniatore prepara i testimoni a carico. Ma codeste sono eccezioni, nelle quali le circostanze del caso illuminano il giudice sperimentato; nè sulle eccezioni può costituirsi una regola generale. Osservo di più che ammettendo il concetto di una eccezione permanente contro i testimoni a difesa, si pone in balìa del Pubblico Ministero di rendere a talento suo eccezionabili i testimoni; lo che è intollerabile. Infatti alcuni Publici Ministeri portando l' occhio sul processo scritto per formare la nota di udienza se trovano un testimone che nuoce al reo e due testimoni che quello smentiscono, richiamano nella loro nota il primo, e ne escludono i secondi: necessità nel difensore è allora di citare questi. Ma se i medesimi per tale strategia sono renduti eccezionabili, non è questo un porre la eccezionabilità dei fidefacienti nell' arbitrio di una parte? Carmignani insegnava all' opposto che il favore della difesa facesse buoni anche i testimoni eccezionabili. Se può disputarsi di cotesto precetto, non può peraltro controvertersi seriamente il principio della *eguaglianza* fra la credibilità degli uni e degli altri fidefacienti, nè la regola della

Digitized by Google

prevalenza dei testimoni defensionali in caso di conflitto, e di parità di condizioni.

§. 957.

Diconsi poi testimoni *eccettuati* quelli che non possono essere uditi in esame. La *eccettuazione* può essere o *assoluta*, o *relativa;* secondochè una persona non può in una causa indursi a testificare su *nessuna circostanza:* oppure può in genere essere indotto a testificare in quella causa, ma non può venire interrogato sopra un ordine speciale di circostanze.

§. 958.

Sono esclusi *assolutamente* coloro che hanno col reo tali rapporti di congiunzione da rendere immorale il costringimento verso di loro: come l' ascendente e discendente, il coniuge, il fratello, nell' accusa contro il fratello, contro il coniuge, contro l' ascendente o discendente. Esaminando costoro si porrebbe in urto la legge civile con la legge morale, il dovere giuridico col dovere di natura; e perciò sarebbe tirannico sottoporli ad esame, tranne il caso in cui siano essi medesimi gli *offesi* dal delitto, e sen dolgano; o tranne quando l' accusato stesso ne voglia l' esame per semplice schiarimento.

§. 959.

Sono eccettuati *relativamente* coloro che possono essere costretti a fare da testimoni; ma non a deporre

Digitized by Google

su certe *speciali circostanze*, a ragione della *confidenza* che le ha recate a loro notizia. Così il sacerdote e l' avvocato possono esaminarsi quali testimoni: ma non su ciò che il reo abbia rivelato al primo come *confessore*, o al secondo come *difensore* (1).

(1) Vedasi Stryckio *dissert. vol.* 1, *dissert.* 15, *cap.* 2, *n.* 16. Il difensore legale del reo può benissimo essere indotto come testimone, perchè al reo non deve interdirsi di profittare delle cognizioni di lui come legale, e delle sue cognizioni come uomo. In tal caso durante l' esame del difensore si supplisce con la destinazione di altro che ne faccia per quell' intervallo le veci. Ma il difensore non può però essere costretto a rivelare i segreti confidenziali. Vedasi (a confutazione della contraria dottrina sostenuta da Bentham, e da Legraverend) Van Rappard *dissert. de excusatione testimonium dicendi propter munus. Traject.* 1847 — Stirum *de testibus in criminalibus cap.* 2: vedasi anche Den-Hoff *de iis qui propter obligationem secretum non detegendi in causis poenalibus a testimonio perhibendo excusantur pag.* 17 *et* 18; ove riferisce le severe parole del Mittermaier contro la tirannia pietosa di convertire i difensori in denunciatori dell' accusato. Fuvvi chi tentò restringere questo privilegio del segreto ai soli difensori in titolo, escludendone coloro che fossero soltanto stati richiesti del loro consiglio come avvocato; ma siffatta limitazione casuistica è tutta arbitraria, ed urta contro la ragione del benefizio, la quale non ammette distinzione. È vero che una ordinanza di Luigi XI imponeva la rivelazione del segreto nei crimini di lesa maestà, non solo agli avvocati, ma anche ai confessori stessi. Ma siffatte leggi non si ricordano oggi ad altro fine tranne quello di esecrare i tempi nei quali furono promulgate. Saranno fatti storici: ma i fatti storici non sono per noi fonti di diritto.

Digitized by Google

§. 960.

Diconsi infine testimoni *scusati* quelli che per un riguardo non possono costringersi a comparire al tribunale contro voglia loro: come gli infermi, i dignitari della chiesa, o del regno. I quali però non hanno più *scusa* se il giudice accede al loro domicilio ad esaminarli.

§. 961.

La credibilità dei testimoni dipende dalla ragione composta del loro *numero*, della loro *contestualità*, delle buone loro qualità *personali*, e della *verosimiglianza* dei loro deposti. E su questi elementi deve procedere la critica nel caso di conflitto fra testimonianze e testimonianze.

§. 962.

È regola di ragione che in criminale le eccezioni contro i testimoni si possono allegare anche dal *producente*: e che l' affermazione di uno prevalga alla negazione di molti, se non è coartata.

§. 963.

Appartengono alla classe dei testimoni anche i *periti*; e devono esaminarsi con le forme comuni agli altri. Se non che la loro credibilità dipende non tanto dalla persona o dal detto; quanto dai criterii maggiori o minori *di verità* che porge la scienza od arte da

Digitized by Google

loro professata. Perciò fra le perizie, le più divinatorie e fallaci si riconobbero sempre quelle dei periti cacciatori, e dei calligrafi; quantunque oggidì bisogna convenire che quest' ultima arte ha fatto grandi progressi pei nuovi strumenti di cui si è arricchita; e dei quali dovrebbe dalla giustizia prescriversi l' uso dovunque.

IV.

Indizi.

§. 964.

La parola *indizio* nel suo naturale significato esprime qualunque fatto che serve a indicarne un altro; la etimologia è analoga a quella di *induzione*, senonchè invece di riferirsi all' idea, si referisce alla proposizione materiale sostituendo all' *inde duco* l' *inde dico*.

§. 965.

Così nel giure penale si dicono *indizi* quelle circostanze che (quantunque non costituenti in loro il delitto e materialmente diverse dall' azione criminosa) pur la rivelano per un *dato rapporto* che può esistere tra coteste circostanze e il fattō criminoso che si ricerca.

§. 966.

Con simile criterio gli indizi si dividono in *comuni* a tutti i reati; e *proprii* di qualche speciale reato.

Digitized by Google

§. 967.

Ora secondochè il *rapporto* tra fatto e fatto è *indefettibile* o *eventuale*, gli indizi sono o *necessari* o *contingenti*.

§. 968.

Non potendo esistere mai rapporto *necessario* tra un fatto e gli atti di una persona, quando quel fatto non si immedesimi con tali atti; e neppure potendo esistere un rapporto *necessario* tra un fatto e le intenzioni dell' uomo; è evidente che in criminale non possono mai aversi indizi *necessarii* dello *speciale*, o del *formale* del misfatto: e solo può configurarsene l' esempio nel *materiale*.

§. 969.

Sotto il rapporto *cronologico* del fatto costituente l' indizio col fatto del delitto, si dividono gli indizi in *antecedenti*, *concomitanti*, e *susseguenti*.

§. 970.

Gli indizi *contingenti*, soli che occupino le meditazioni del criminalista, possono presentare col delitto un rapporto (o nesso) *probabile*; o un nesso soltanto *verosimile*. Nel primo caso si dicono *prossimi*; nel secondo *remoti*.

Digitized by Google

§. 971.

Pretesero i pratici di dare una completa enumerazione di coteste due classi di indizi, e caratterizzare *a priori* certi indizi come *prossimi*, e certi altri come *remoti*. Ma è ben difficile che cotesta definizione sia costante; perchè la concludenza degli indizi non può esattamente calcolarsi nel loro essere ipotetico e astratto, ma è forza giudicarla nelle loro condizioni concrete.

§. 972.

Non dirò che essa cresca o decresca *intrinsecamente* per ragione del loro *numero:* perchè è un errore logico l' aumentare la forza intrinseca di un indizio per la concorrenza di altri. La somma può portare le diverse frazioni alla unità desiderata; e con sei frazioni di un sesto formarsi un intero: ma la frazione di un sesto, in sè considerata, non diviene frazione di un quarto, perchè trovisi in compagnia di altra frazione maggiore.

§. 973.

Essa cresce o decresce in ragione delle speciali circostanze accessorie, e del discarico che tenta darne l' accusato. Anzi il discarico che ne dà l' accusato è tutto: perchè quando una serie di indizi, benchè gravissimi, e battezzati dagli scrittori per *prossimi*, si dimostra dal giudicabile in *modo positivo* referirsi a

Digitized by Google

causa innocente, essa perde la *univocità:* e niente più offende la presunzione di innocenza. Niente vale (a modo di esempio) contro un accusato di omicidio che le sue vesti siano macchiate di sangue, quando egli prova apoditticamente che lo erano già *nel dì innanzi* all' avvenuta uccisione. Niente vale che presso il cadavere si trovasse una pezzola riconosciuta come pertinente al giudicabile, quando egli prova che quella pezzola gli era stata *mesi innanzi* rubata, e ne aveva persino fatta denunzia. Niente vale che sia veduto in possesso dell'arma micidiale, quando apoditticamente prova che quell' arme fu da lui trovata per via *nel giorno posteriore* alla strage, e imprudentemente raccolta. Ecco tre indizi cumulati da una coincidenza fatale a carico di uno; e che pongono il suo capo in imminente pericolo, se il giudice assume come criterio assoluto le definizioni astratte e dottrinarie degli indizi *prossimi*. Essi però neppure valgono a far subire al prevenuto un giudizio, se il giudice li valuta nel loro *concreto*. Egli trova allora che è verità positiva il rapporto di quei tre fatti con la causa innocente: e aberra dal giusto e dalla logica, se a questo rapporto di verità positiva *concreta* preferisce un rapporto di verità congetturale e *astratta*, per obbedire pecorilmente ad una regoletta speculativa.

§. 974.

Del pari deve il giudice imparziale diffidare di certi indizi *proteiformi*, che l' accusa può trovare in qualsivoglia atteggiamento dell' accusato. Cosa vale (a mo-

Digitized by Google

do di esempio) lo indizio tanto vantato del *pallore* e della *trepidazione* del reo in faccia alla pubblica forza che lo arrestava, quando a lato di questo trovate enumerato pur come indizio il *contegno imperterrito* dell' arrestato? Se il reo impallidì e tremò, egli ebbe la coscienza del suo reato: non fu un moto naturale che può sorprendere anche un santo all' aspetto del proprio pericolo. Se il reo si mantenne sereno e tranquillo non ne fu causa la coscienza della sua rettitudine; ma fu un artifizio che lo mostra colpevole, perchè qualunque uomo deve tremare al vedersi arrestare. Se il reo in carcere è tristo e pensoso, non è il dolore del suo immeritato infortunio; è la sinderesi del suo misfatto. Se il reo è ilare e festoso, non è la coscienza della sua rettitudine; è un' affettazione che lo mostra colpevole, perchè ogni uomo in carcere dovrebbe essere tristo e pensoso. Questo modo elastico di argomentare, di cui troppo spesso si valgono gli accusatori, deve considerarsi da chi ben riflette piuttosto conveniente al retore che al critico.

§. 975.

Importantissimo intorno agli indizi è il ricordare che i medesimi non solo devono esser *perfetti nella sostanza dell' indizio;* lo che vuol dire concludenti nel loro rapporto col delitto in questione: ma devono essere di più *perfetti nella sostanza della prova;* cioè ciascuno di loro provato con altri mezzi, tranne quello di un altro indizio. Il *coacervo* delle presunzioni e

Digitized by Google

degli argomenti congetturali è vizioso logicamente, e giuridicamente pericoloso.

CAPITOLO XIV.

Della difesa.

§. 976.

In materia penale non vi possono essere presunzioni *juris et de jure* (1). Dunque deve sempre ammettersi l' accusato alla propria *difesa*. E poichè non sempre può avere l'accusato intelligenza bastante a presentare le sue discolpe, il diritto di difesa porta alla necessità di dargli l' assistenza di un difensore legale di sua *libera* scelta.

(1) Questa verità è così intuitiva che parrebbe impossibile dubitarne. Eppure le antiche legislazioni ebbero delle presunzioni *juris et de jure* della colpabilità di un uomo. Così la consuetudine di Beauvoisis al cap. 12 stabilisce che quando alcuno ha minacciato un male ad altri, se questo male avviene, il primo se ne ritenga *necessariamente* autore; e al cap. 13 dispone che se l' accusato evade dal carcere pendente il processo, confessa con ciò la sua colpa: e ove sia ripreso deve essere riputato colpevole *de plein droit*, e come tale messo a morte *senza ulteriore processo*. Così il codice dato da Cristiano V alla Danimarca e alla Norvegia, che resse quei popoli dal 1684 al 20 agosto 1842, dispone che la donna la quale abbia partorito occultamente, se non presenta il corpo del bambino, si presuma infanticida; e sia senz' altro processo condannata alla morte. Molte altre furono le *presunzioni* che certi legislatori severi di-

Digitized by Google

chiararono bastanti ad autorizzare di per loro sole una condanna. Di tale dottrina la scienza moderna ha proscritto anco il pensiero. E qualche codice contemporaneo (come il codice del Brasile art. 36) ha convertito in precetto di legge la regola, che nessuna presunzione, per quanto veemente, sia mai bastevole a fare irrogare una punizione.

§. 977.

La difesa (1) non è un *privilegio*, nè una *concessione* voluta dalla umanità. È un vero diritto *originario* dell'uomo, e perciò *inalienabile*: Helie *de l'instruction* §. 614.

(1) Alla libertà della difesa fa guerra ai giorni nostri la libertà di stampa. È venuto il mal vezzo (che dicesi inevitabile conseguenza della libera stampa) che i giornalisti per veduta di speculazione o per aderenze partigiane diano nei loro fogli un resoconto dei giudizi criminali che pendono. Questi resoconti sono quasi sempre inesatti, e spessissimo informati dallo spirito di preparare la pubblica opinione in quella via dove ciascuno intende a condurre nel suo respettivo interesse la giuria. Perniciosissima usanza e troppe volte nocevole al trionfo del vero: contro la medesima scrisse energicamente il sig. Ortiz de Zuniga *Escuela del derecho, tom.* 1, *pag.* 197.

§. 978.

A questo principio si associa l'altro che alla difesa dell'accusato ha un interesse diretto anche la società: perchè essa ha bisogno, non di una pena che cada sopra una testa qualunque, ma della punizione

Digitized by Google

del *vero* colpevole. E così la difesa non è soltanto di ordine pubblico *secondario*, ma di ordine pubblico *primario*.

§. 979.

Dall' asserzione di questi due principii consegue che il reo *non possa rinunziare* alla propria difesa: e debba, anche suo malgrado, assegnarglisi persona capace a difenderlo: *leg.* 4 *ff. de postulando* — *leg.* 19 *ff. de poenis* — *leg.* 11 *ff. de publ. judic.*

§. 980.

L' argomento della difesa conduce a varie indagini: a delineare i diversi *modi* con cui essa può farsi: a definire i *privilegj* che per buona giustizia essa deve avere: ad accennare i *doveri* che impone.

§. 981.

La difesa guardata nei fonti dei quali si desume può farsi o per via di *eccezioni*, o per via di *difesa propriamente detta*.

§. 982.

Per via di *eccezioni* si difende il reo quando non si esamina il merito dell' accusa, ma si storna la medesima dal di lui capo, o temporariamente, o in perpetuo: o si disarma di un qualche suo mezzo l' accusa.

Digitized by Google

§. 983.

Perciò le eccezioni si dividono in eccezioni *contro l' azione;* eccezioni *contro gli atti;* eccezioni *contro le persone.*

§. 984.

Le eccezioni contro *l' azione* possono essere; o *declinatorie*, quando si allega la incompetenza del tribunale: o *dilatorie*, quando si chiede un termine ulteriore a trattare la causa: o *perentorie* quando si nega l' azione, sia per originaria insussistenza, mostrando che il fatto non è proibito da veruna legge; sia perchè estinta da causa sopravvenuta, come l' amnistia, la quietanza, la prescrizione, o la revoca di legge.

§. 985.

Si usano eccezioni contro gli *atti*, quando si oppone la nullità, o illegittimità di alcun atto processale, e se ne chiede la soppressione.

§. 986.

Si usano eccezioni contro le *persone*, o dell' *accusatore* negandogli lo *jus accusandi;* o del *giudice*, recusandolo come sospetto ove ciò sia permesso; o di un *testimone* mostrandolo eccettuato.

Digitized by Google

§. 987.

La *difesa propriamente detta,* guardata nella sua relazione col fine che si propone, può essere o *indiretta,* o *diretta.*

§. 988.

Dicesi *indiretta,* quando si limita a criticare la prova dell' accusa, mostrandola inconcludente senza assumere la prova positiva della innocenza; bastandole il vincere per deficienza di prova.

§. 989.

È *diretta,* quando tende a raggiungere la prova positiva della innocenza; lo che può ottenersi per doppia via: o allegando di avere agito nello esercizio legittimo del proprio *diritto — feci sed jure feci:* o sostenendo la *negativa coartata* di luogo e tempo; ossia l'*alibi,* col quale si rende impossibile l' affermazione dell' accusa.

§. 990.

Checchè si dubitasse negli ultimi secoli (1), oggi è riconosciuto appo tutti i popoli civili il così detto *favore* della difesa.

(1) Sul diritto dei rei ad avere un difensore legale disputarono in vario senso (fra gli altri) Böhmero *jurisp. crim. sect.* 1, *cap.* 19, §. 810 — Fromann *de execut. in effig.*

Digitized by Google

thes. 56, 57. — Leyser *medit. ad pand. spec.* 562, *e spec.* 36 — Cramer *opuscul. vol.* 4, *diss.* 6. Pouyet cancelliere di Francesco I, che rese dominante in Francia il processo segreto, fu l' autore della ordinanza di Villers-Cotterets del 1539, che interdisse la difesa agli accusati. Cotesto divieto rinnovossi da Luigi XIV con la ordinanza del 1670. E la Francia fu retta da queste leggi fino alla rivoluzione. E fu tale la forza dell' abitudine e della reverenza alle ordinanze, che Pothier, di cui nessuno contrasta l' altissimo senno, trovò *(traité de la procedure criminelle)* molto saggio il costume di negare un difensore all' accusato. A questo punto erasi condotta in Francia la ferocia del diritto penale delle ordinanze da farne orrore la descrizione! Vedasi l' eccellente scritto di M. Damesme *introduction à l' histoire du droit romain de Valter, pag.* 36 *et suiv.* Per conservare il nostro rispetto verso il Gran Regno (scriveva testè con molto spirito M. Caillemer) bisogna coprire di un velo la sua giustizia penale. Nella negata difesa si simboleggia quanto può esservi di più iniquo e di più atroce in una legislazione. La monarchia, superba del suo trionfo sulle giurisdizioni baronali ed ecclesiastiche, non conobbe più freno: e la crudeltà delle sue leggi preparò gli orrori della rivoluzione. Divenne volgare l' insulso dilemma, o l' accusato è innocente, e non può aver bisogno di difensore; o è colpevole e non deve esser difeso. Così si è ragionato per secoli: e quello che è peggio, sarebbevi tuttora qualcuno cui piacerebbe di sragionare così. Ugual divieto aveva dettato la casa di Spagna per le Fiandre: ma i magistrati di quello Stato non osservarono mai cotesta legge, e ammisero di arbitrio loro i giuristi a patrocinare l' inquisiti.

§. 991.

Il diritto di difesa porta di necessità la *libera comunicazione* dell' *accusato* col suo difensore, dopo esau-

Digitized by Google

riti gli interrogatorj. Restringere tal facoltà è un coartare la difesa. Prescrivere la presenza di un carceriere al colloquio è un ingiusto arbitrio. Appostarlo in aguato perchè oda il colloquio è una vile iniquità.

§. 992.

La difesa, se non vuolsi privilegiata, deve almeno essere *alla pari* dell' accusa — 1.° nei *termini* — 2.° nella *facoltà di provare* — 3.° nella *libertà* della discussione.

§. 993.

È un errore, come bene avvertiva Berrier, lo annettere una idea di disuguaglianza fra accusatore e difensore. Se il pubblico ministero rappresenta la società nello interesse della punizione della colpa; il difensore rappresenta la società nello interesse della innocenza. Ambedue sacerdoti della giustizia, sono alla discussione indipendenti l' uno dall' altro: dipendenti entrambo dalle leggi; dalla loro coscienza; e dall' autorità del tribunale. E questa è una verità che deve ricordarsi da tutti; perchè chi avvilisce la curia avvilisce la magistratura.

§. 994.

Del resto il principio della eguaglianza fece ammettere anche sotto il sistema inquisitorio il così detto *processo defensionale.* Il quale in questo sistema può dal reo provocarsi *di pieno diritto,* chiedendo, dopo avuta comunicazione degli atti, che si completi la istru-

Digitized by Google

zione con ulteriori esami dai quali si augura il proprio discarico.

§. 995.

Il processo defensionale dicesi *ripetitivo*, quando il reo provoca un nuovo esame dei testimoni *già uditi*, pel fine di averne rettificazioni e chiarezze. Dicesi *ad repulsam*, quando il reo induce testimoni *nuovi* per conflittare le risultanze a suo carico.

§. 996.

Nel sistema misto la congiunzione dei due processi non deve portare alla conseguenza assurda che siasi tolto il *pieno diritto* del defensionale, e nel processo scritto e nell' orale: ma deve invece portare l' effetto che sia libero al reo il processo defensionale sotto ambo le forme, a elezione sua; nel modo stesso che è libero all' accusatore. Cioè che egli possa, conosciuto il processo scritto, eccitarne di pieno diritto la completazione col mezzo di un defensivo alla istruzione, utilissimo a lui per parare il colpo dell' invio a giudizio. E che possa di poi (abbia egli o non abbia profittato di quel primo mezzo) fare il suo defensivo al dibattimento orale, con indurvi quei testimoni che spera a sè proficui. Non può esistere per parte della legge procedurale completa recognizione del sacro diritto di difesa, se non si adeguano le facoltà dell' accusato a quelle dell' accusatore in tutte le fasi della controversia: e così non solo in quanto attiene alla facoltà di discutere, ma anche in quanto riguarda

Digitized by Google

la facoltà di produrre giustificazioni. Irrisorie sarebbero tante provvide cure per dare un difensore all' accusato, se al patrono s' impedisse di costruire, secondo sua arte e coscienza, il processo defensionale.

§. 997.

A questa larghezza, che la maggior parte degli ordinamenti moderni (non dirò *concedono) rispettano* nell' accusato, fuvvi chi dubitò doversi apporre un freno subordinandola al beneplacito del magistrato. Ciò per tema ostentata di soverchio ingombro al corso di giustizia. Ma la tema è offensiva alla dignità del difensore, facilmente frenabile in caso di abuso con misure disciplinari. E d' altronde è meglio rischiare un qualche spreco di tempo, che porre a repentaglio la sorte di un innocente per coartata difesa. Oltre a ciò il pregiudizio del magistrato che rigetta il defensionale, mentre suona aspro (perchè in sostanza torna all' istesso che dire, non voglio vi difendiate a modo vostro) è una prematura propalazione di voto, e spessissimo è una divinazione senza sufficiente cognizione di causa; movendo le ragioni dello ammettere o del negare nella congetturale previsione dell' atteggiamento futuro dell' orale processo (1). Uguale osservazione ricorre circa le *interrogazioni* da farsi ai testimoni nel giudizio orale. Avvi taluno che crede si possa dal giudice direttore del dibattimento ammettere o ricusare tale o tale altra interrogazione che l' accusato o il suo patrono brami dirigere ad un testimone. Errore anche questo, e rancido avanzo delle tradizioni della barba-

Digitized by Google

rie. Se si fa questione di *pertinenza*, dovrà certamente accordarsi al magistrato la facoltà di respingere interrogazioni e ricerche *estranee* al fatto che si esamina, alle quali si voglia aprire la via dall' accusato o per curiosità, o per vendetta contro il testimone, o per altro fine certamente non lecito, qual è quello qualunque siasi che diverge dallo scopo della cognizione del vero sul delitto che si ricerca. Ma quando si fa la questione di *concludenza;* quando si pretende respingere una interrogazione *pertinente* al fatto in questione, sotto il pretesto che il giudice non la crede concludente, si aberra da ogni retto principio, e si esercita con intollerabile tirannia una vera coartazione di difesa. Il giudice per quanto sia più dotto del patrono, non può indovinare l' ordine di difesa che questi prepara: e se egli se lo augura, mostrerà di essere più presuntuoso ma non più saggio di lui. Una circostanza di fatto può apparire insignificante all' esordire di un processo orale. Ma il difensore che ha in animo di giustificare altre circostanze, e congiungerle con la prima, e costruire infine un tale risultato che demolisca l' accusa, la ritiene con miglior cognizione di causa quale concludentissima. Impegnando una disputa su cotesto terreno, il giudice viene a discutere la difesa prima che sia fatta, propala il suo voto, e intorbida lo svolgimento del vero con danno della giustizia.

(1) Queste verità sono universalmente riconosciute dagli scrittori, e dalle buone legislazioni: Nouguier (*La Cour d' assises vol.* 2, *pag.* 26, §. 650) — *Ni ministère public, ni partie civile, ni accusé, ne sont limités dans le choix. Ils placent sur leur liste* toutes les personnes à leur con-

Digitized by Google

venance, *et en tel* nombre *qu'ils le veulent bien.* Impossible qu'il en soit autrement, *parce qu'il est impossible tout contrôle préalable.*

§. 998.

Evvi poi un punto nel quale la difesa deve godere un *privilegio* sull'accusa, e in ciò consiste l'effettivo *favore* della difesa (1). Ed è che il patrono debba avere *ultima la parola* tanto nella discussione del *merito*, quanto nella discussione degli *incidenti.*

(1) Le esagerazioni (le quali nuocciono sempre anche alle migliori cause) dettero occasione di denunciare come irragionevole la formula *favore della difesa.* La propugnò Cramer *Opuscula juridica*, *tom.* 4, *opusc.* 6, *de favore defensionis et irrationabilitate consuetudinis defensorum exclusivae in causis criminalibus.* Non volendo questionare sulla parola *favore* è però certo in principio che alla difesa compete il diritto della *uguaglianza:* su ciò non è permesso nè di dubitare nè di transigere: ma quando vi sono dei casi nei quali è materialmente impossibile serbare perfetta uguaglianza (come nel decidere chi debba parlare l'ultimo) è inevitabile che il dubbio si sciolga con la regola del favore e che tale favore si conceda alla difesa e non all'accusa.

§. 999.

I doveri del difensore sono 1.° la *scienza* — procurarsi con ogni *studio* le maniere di giovare al suo raccomandato, internandosi così nelle minuzie del *fatto* come nelle profondità del *diritto* — 2.° la *pietà* — confortarlo, ed assisterlo fino a che vi è *mezzo le-*

Digitized by Google

galmente esperibile — 3.° il *coraggio* — non arretrarsi mai per codarde paure, o per umani riguardi — 4.° la *fedeltà* — non tradirne i segreti — 5.° il *disinteresse* — non aggiungere dolori allo infortunio: e prestarsi ugualmente al povero come al ricco — 6.° la *lealtà* in tuttociò che *agisce*. Questa non l' obbliga *a fare* ciò che veda per avventura omesso dall' accusa, e giovevole a mostrare la colpa. Ciò sarebbe contrario al suo ministero, del quale in tali casi è un debito la *reticenza*. Il dovere della lealtà non impone al difensore una obbligazione *positiva;* ma puramente *negativa*. Esso lo astringe a *non fare:* cioè a *non affermare* cosa contraria alla verità *processale*, e a *non operare* con arti o prove mendaci per il trionfo del falso. Distinzione che (non sempre ben avvertita) illuse talvolta i difensori ad atti che sono nè più nè meno un delitto contro la giustizia. Ma non è slealtà il tacere e l' omettere ciò che detto o fatto potrebbe nuocere all' accusato. L' obbligo di provare il delitto incombe all' accusatore, non al difensore; e strano sarebbe che quegli esigesse da questo un soccorso alla propria ignoranza od inesperienza.

CAPITOLO XV.

Della sentenza.

§. 1000.

Sentenza in criminale dicesi — *qualunque pronuncia emanata dal giudice intorno al delitto del quale è chiamato a conoscere.*

Digitized by Google

§. 1001.

La sentenza è *interlocutoria*, quando non dirime la controversia principale; ma solo una questione incidente, o accessoria.

§. 1002.

Sentenza *definitiva* è l' atto col quale *il giudice competente risolve la causa criminale assolvendo o condannando il reo.*

§. 1003.

La sentenza definitiva può essere *assolutoria*, o *condennatoria*. L' assolutoria può essere *a crimine*, o soltanto *ab instantia;* nel qual caso la sua qualità di definitiva non è che *condizionale*. La condennatoria può esserlo o a pena *ordinaria*, o a pena *straordinaria*.

§. 1004.

Le sentenze si dividono in *contradittorie*, e *contumaciali*. Ma queste ultime, perchè mancò la forma essenziale della difesa, non devono essere mai irretrattabili (1).

(1) Studiarono i filantropi se vi fosse modo di evitare i pericoli della innocenza e proteggerla anche nei giudizi contumaciali. Si occupò di ciò Robinet *nella Revue Critique tom.* 24, *pag.* 434.

Digitized by Google

§. 1005.

Deve la sentenza criminale avere delle condizioni impreteribili in qualunque sistema. Tali condizioni sono o *estrinseche*, o *intrinseche*.

§. 1006.

Condizioni o forme *estrinseche* sono tutte quelle necessarie alla sua *constatazione*, e certezza. Tali sono il disteso in *scritto* — la *data* — le *firme* — la *pubblicazione;* che nel sistema inquisitorio si fa col mero *deposito dell' originale* alla cancelleria; nel misto si fa con la *lettura al pubblico*, e successivo deposito.

§. 1007.

Condizioni o forme *intrinseche* alla sentenza definitiva sono

1.º La dichiarazione del *fatto:* la quale deve essere — *chiara*, non enimmatica e ambigua — *positiva*, non dubbiosa e perplessa — *completa*, su tutte le circostanze, costitutive, aggravanti, e diminuenti della criminosità.

2.º La *motivazione in diritto:* la quale deve parimente essere univoca, positiva, e completa.

3.º La *indicazione* (o meglio la *trascrizione)* dell' articolo di legge, che in caso di condanna vuole applicarsi.

4.º La *designazione della pena*, e delle condanne accessorie.

Digitized by Google

§. 1008.

Una sentenza che non dia sfogo coerente e completo sia alle questioni elevate dall' accusa, sia alle deduzioni defensionali (sì in fatto come in diritto) è nulla nel primo caso per denegata giustizia, e per conculcata difesa nel secondo.

§. 1009.

Quando la sentenza emana, non da un solo giudice, ma da un *collegio*, nascono tre importanti questioni — 1.° se debba esigersi la *unanimità* — 2.° che debba dirsi in caso di *parità* — 3.° che debba dirsi in caso di *scissura in più di due opinioni.*

§. 1010.

Prima ricerca — Il sistema della *unanimità* fu sostenuto in Italia da Barbacovi, che propose una minorazione di pena in caso di discordia, sulla ragione che sei meno uno non poteva essere uguale a sei: fu propugnato in Germania dal Sonnenfels, che ammise la prevalenza della maggiorità nelle questioni di diritto, ma nella questione di fatto propose in caso di dissenso la sospensione del giudizio, sulla ragione che la *unità morale* o *collettiva,* costituita dal collegio, non si era anche pronunciata: e fu calorosamente difeso in Inghilterra da Best in uno scritto pubblicato nel 1855 dalla insigne società giuridica di Lon-

Digitized by Google

dra. Il metodo della unanimità vige in Inghilterra, nel Ducato di Brunswich, e agli Stati Uniti; e si tentò più volte di stabilirlo in Francia, ma con infelice risultato e breve durata.

§. 1011.

La prevalenza della *maggiorità* si sostiene osservando: 1.° che anche la unanimità non guarentisce da un errore giudiciario — 2.° che esigere la unanimità apre troppo facile via alla impunità — 3.° che è di *uso generale* in tutte le deliberazioni riconoscere la prevalenza della maggiorità. Questo sistema è generalmente preferito dai legislatori contemporanei.

§. 1012.

Seconda ricerca — Posto che la unanimità non si esiga alla condanna, che dovrà farsi in caso di *parità* dei suffragi? Assolvere: perchè la umanità lo esige. Assolvere, perchè due quantità eguali si elidono, e danno un risultato *negativo;* mentre l' accusa per vincere la presunzione d' innocenza, deve avere a suo favore un risultato *affermativo*. Questo è ciò che volgarmente dicesi prevalenza del *voto di Minerva* (1).

(1) Sulla origine di questo broccardo vedasi Coccejo *diss.* 36, *vol.* 2 — Cramer *opusc.* 18, *vol.* 2 — Boeclero *diss.* 5, *vol.* 1, ed altri; che confutato l' errore di Meursio, dimostrano che il voto di Minerva nel giudizio di Oreste venne a costituire la parità, non a vincerla.

Digitized by Google

§. 1013.

Terza ricerca — Assai perplessa è la formula per trovare il giudizio obiettivo prevalente nel caso di scissura del collegio in *tre diverse* opinioni. Questa ipotesi di cui ricordano esempi pratici Plinio, Gellio, Polibio e Quintiliano, facile è a riprodursi. Di nove giudici (per esempio) tre opinano per la pena di morte, tre per lo esilio, tre per l'assoluzione: oppure quattro per la morte, tre per la carcere, due per l'esilio.

§. 1014.

Quintiliano (*declam.* 365) insegnò che non dovesse guardarsi alla severità o mitezza delle opinioni; ma dovesse prevalere quella che avea *meno contrarii*, fosse anche la opinione per la morte. Cotesta formula si prese a dimostrare matematicamente dal Wolfio, sul principio che le quantità affermative non potendo sommarsi perchè eterogenee, devono sommarsi le negative; le quali come omogenee si prestano a somma. La formula Wolfiana, che in ultima analisi è la sanzione della maggiorità relativa, fu riprodotta modernamente dal Cramer, che si vantò di aver portato la evidenza su questa difficile questione. Ma essa non scioglie il nodo quando vi sia *parità* fra le divergenti: ed ha poi il secondo difetto di esporre a condannare a morte con quattro voti contro cinque.

Digitized by Google

§. 1015.

L' Erodio (*rer. jud.* 5, 7, 279) insegnò, anche come pratica da lui osservata, che dovevano tenersi ferme le due opinioni *estreme*, e costringersi quelli che tenevano la opinione *media* a gettarsi sull' una delle altre due. Ma questo metodo imita la spada di Alessandro. Non vi è diritto per coartare la libertà di tre votanti piuttostochè degli altri.

§. 1016.

Ziegler risolvette il problema rinviando al trono la decisione. Con ciò si converte in atto di arbitrio un atto che deve essere di giustizia. E poi se lo Stato è retto esso pure da un collegio, e anche questo si scinde in diversi pensieri? Il nodo è insoluto.

§. 1017.

Il Corseto ed altri repetenti suggerirono che si prendesse la *media proporzionale*. Ma questa pallida riproduzione della teorica dettata dal Saliceto nelle materie civili, non ha utilità pratica quando la divergenza non cade sulla *quantità* di una identica pena, ma su *diverse specie* di penalità.

§. 1018.

Grozio (1) suggerì doversi congiungere le opinioni discordi in ciò che hanno di *comune*. Ma se que-

Digitized by Google

sta formula (tratta dalla *l.* 27, §. 3, *de receptis)* dà un risultato quando la divergenza cade sulla *quantità* di una stessa pena, niente risolve ove cada su pene di specie diversa fra cui nulla è *comune* (2).

(1) *De jure belli lib.* 11, *cap.* 5, §. 19. — *et florum sparsio ad leg.* 27, §. 3, *ff. de receptis.* —

(2) Vedasi Schilter *exerc.* 12, §. 20 — Nerio *Analect.* 1, 30, *in Thes. Othonis vol.* 2, *pag.* 364 — Hubero *de jure civitatis* 3, 2, 6, 5 — Groenewegen *de legib. abr.* 4, 8, 93 — Voet *ad pand.* 4, 8, 19 — Bosch *de dissonis judicum sententiis, cap.* 3.

§. 1019.

Carmignani tentò riprodurre il concetto di Grozio, rettificandone la formula; col dire che dovea prevalere la maggiorità *implicita*. Ma il mutato vocabolo non declina le antiche obiezioni.

§. 1020.

Altri sostituì la formula che dovea prevalere la maggiorità *simpatica* (1). Ma questa formula ha un senso soltanto quando fra le tre opinioni siavi quella dell' assoluzione; perchè allora potrà trovarsi con verità nei giudici che volevano assolvere (e che dalla maggiorità sono costretti a condannare) una simpatia maggiore per la pena più mite che per l' altra. Ma quando la discordia cade su tre diverse condanne, non vi è *criterio* per determinare la simpatia maggiore fra opi-

Digitized by Google

nione e opinione. E dove pure sia trovato cotesto, non vi è *ragione* per disprezzare una opinione piuttosto che l' altra. Mentre la formula di Quintiliano e di Wolfio rischiava di far prevalere la opinione *massima*, ossia la più severa, le formule della prevalenza di ciò che vi è di *comune*, di ciò che vi è d' *implicito*, o di ciò che vi è di *simpatico*, tutte tendono a far prevalere la opinione *media*. Ma non si sa comprendere, nè si addita da alcuno, il *principio razionale di giustizia* per cui si debbano congiungere piuttosto i voti *infimi* coi *medj* per andare alla pena *media*, di quello che i voti medii con gl' infimi per andare alla *minima*, o i voti *medj* coi *massimi* per andare alla *massima*. In tutti questi conati io non veggo in faccia *alla giustizia* che una formula *arbitraria*.

(1) Vedi Hubero *de jure civitatis lib.* 3, *sect.* 2, *cap.* 6, §. 4, 5, 6. — Coccejo *in Grotium lib.* 2, *cap.* 5, §. 19, *tit.* 9: la cui teorica si fonda sull' osservare che le ricerche del Collegio si scindono in due parti: 1.° si cerca se l' accusato *è reo:* 2.° si cerca *qual pena meriti.*

§. 1021.

La procedura toscana (Dichiarazioni e Istruzioni del 9 novembre 1838 art. 493) credette sciogliere il nodo, ordinando che prima si mandasse a voti la opinione *più severa*, poi la *media*, e infine la *più mite*. Ma supposto che nei votanti non sia elasticità di coscienza, ma convinzione della giustizia del loro voto,

Digitized by Google

non può la legge imporre nella seconda votazione ai giudici più severi un voto difforme dalle loro convinzioni. Capisco che *in fatto* i giudici finiranno col porsi d' accordo. Ma in cotesta previsione era inutile che tanti dotti sudassero per trovare la soluzione scientifica del problema. Il problema stesso presuppone per natura sua, non la discordia di un primo pensiero, per consecutiva discussione conciliata; ma una discordia tenace e perseverante, perchè coscienziosa. Ed allora le successive votazioni benchè ripetute all' infinito, niente concluderanno (1). Bisogna, in una parola, che la legge non finga di sciorre il nodo col dire ai giudici che si pongano d' accordo: ma che lo sciolga essa medesima col decidere cosa deve dirsi quando quelli si mantengano discordi.

(1) Anche la procedura napoletana all' art. 291 adotta il sistema dell' Erodio, cioè la *coazione* dei voti o più severi, o minori di numero. Ma almeno risolve in qualche modo il problema con prescrizione positiva: poichè *impone* ai dissenzienti, o più rigidi, o minori di numero, di votare per una delle altre due opinioni. È però sempre vero che con questo metodo vi è la combinazione possibile che un reo a cui la maggiorità nella prima votazione volea salva la vita; esposto a nuova votazione per la discordia di quella maggiorità intorno la specie o quantità della pena, vegga dalla nuova votazione sorgere una maggiorità per la pena di morte. Caso difficile: ma che pure ha la sua possibilità nella legge.

Digitized by Google

§. 1022.

Altri legislatori finalmente adottarono il precetto di Paolo *(leg. 38 ff. de re jud.)* (1) il quale insegnò doversi preferire la opinione *più mite.* Ma anche questa formula, ove si accetti in modo assoluto, porta all' assurdo: perchè se tre giudici si pronunciano per la morte, due per la detenzione a vita, e uno per lieve pena correzionale; ne avverrà che quest' *uno*, perchè è più mite, prevarrà sugli altri *cinque.* Certamente nel difetto di un *criterio razionale* che determini per *giustizia* la prevalenza di un' opinione sull' altra, è conveniente che si ricorra ad un *criterio di equità*, col far prevalere la opinione che si appoggia alla regola — *in dubiis pro reo* (2): perlochè se dar prevalenza alla opinione più severa è barbaro; se darla alla maggiorità relativa anco quando è più severa, è mostruoso; se darla alla opinione per la pena media è arbitrario; se ricorrere a coazioni, o intervento di principe, è un violentare la indipendenza della giustizia; la prevalenza della *più mite* opinione ha almeno un canone di *equità* che la sostiene. Ma ciò non ostante essa non deve condursi a conseguenze esorbitanti.

(1) Concorda *cap. 7 de arbitris in sexto* — Mevio *ad jus lubecense lib.* 1, *tit.* 1, *art.* 11, *n.* 35, 36.

(2) È notabile il modo col quale esprimeva cotesto principio Carlomagno nei suoi Capitolari *(l. 7, cap.* 186). Esso si risente della viva fede religiosa di quei tempi, ma con-

Digitized by Google

tiene una sublime verità: voi non dovete (egli dice ai Giudici) condannare un accusato sopra presunzioni e semplici congetture. In caso di dubbio dovete lasciare quell' uomo alla giustizia di Dio; e dovete tener per fermo, che poichè Dio non ha permesso che voi siate completamente illuminati sul suo delitto, ciò è un segnale infallibile che Dio non ha voluto che quella colpa sia punita da voi, ma ne ha riservato la punizione a sè stesso.

§. 1023.

Accetterei pertanto come regola assoluta la prevalenza della pena più benigna, nel caso che le più opinioni difformi avessero ciascuna ugual numero di suffragi a loro favore. Ma quando vi fosse disparità di suffragi, disprezzerei quella che ne ha meno per sè; e sceglierei la più mite fra le due rimanenti opinioni.

§. 1024.

Compiuto mercè la sentenza il giudizio, è doveroso o *correggerlo* se vizioso; o *eseguire* la sentenza stessa. La *correzione* della sentenza criminale può essere richiesta o dalla *sostanza*, o dalla *forma*.

Dalla *sostanza*, quando si pretenda che la sentenza sia intrinsecamente erronea. In tal caso può procurarsi la emenda della ingiustizia, o con l' *appello*; questo apre il corso a nuovo giudizio integrale, ma però ne viene generalmente negata la convenienza nelle materie criminali (specialmente nei giudizi gravi) per ragione di pubblico ordine: o con la *revisione*, la quale più spesso si limita alla censura del ra-

Digitized by Google

gionamento che ha diretto la prima sentenza, senza rinnovare il processo: o con la *cassazione;* quando la sentenza, non censurabile nella parte del *fatto*, lo sia nella parte del *diritto*.

Dalla *forma* della sentenza nasce il bisogno della emenda, quando si ammetta il suo annullamento per violazione del rito procedurale. Nel qual caso il tribunale che cassa per violata forma, non emette alcun giudizio sul merito della questione. La convenienza di ammettere uno od altro metodo di emenda di una sentenza viziosa è incontrastabile. Ed è pure evidente che tale emenda non può deferirsi agli stessi giudici che la pronunciarono, come si ebbe il coraggio di fare in Francia fino alla rivoluzione.

§. 1025.

La *esecuzione* della sentenza deve essere specialmente affidata dalla legge ad un *pubblico ufficiale*. Questo nel sistema misto è il pubblico ministero.

Le sentenze o siano *assolutorie* o sieno *condennatorie*, devono eseguirsi *prontamente*. Ogni ritardo quanto alle prime è una ingiustizia a danno dell' imputato: quanto alle seconde il ritardo nuoce al pubblico esempio; ed anche riguardo al condannato accresce ingiustamente i suoi dolori. Soltanto ragioni speciali — o di *giustizia*, come se penda supplica per grazia, o *appello* (1) — o di *umanità*, come in certi casi per malattia, demenza, gravidanza, del condannato — o di *religione*, o di alta *politica*, possono condurre a sospenderne la esecuzione.

Digitized by Google

(1) Ricorda Martinez un giudice di Spagna tuttora vivente ai suoi tempi (1848) che usava ordinare *la esecuzione* della condanna *a morte*, aggiungendo la formula — *senza pregiudizio dell' appello interposto dal condannato.* Simili immanità offendono non solo il cuore ma anche la ragione. Ovunque si ammetta un rimedio *correttorio* della sentenza criminale (o ordinario, o straordinario che sia) l'uso del medesimo per parte del condannato deve sospendere di pieno diritto la esecuzione della condanna.

§. 1026.

Fin qui sono concordi tutti gli scrittori intorno a tali cause di *sospendere la esecuzione* di una sentenza condennatoria. Ma ve ne sono elleno altre? Gli antichi criminalisti non trovo che ne conoscessero di ulteriori. Ma una moderna dottrina, insegnando il sistema della liberazione provvisoria, viene ad introdurre una quarta *causa* di *sospendere* la esecuzione di una condanna: causa che può dirsi la *correzione.* I seguaci della scuola *correzionalista* spingono a diversi gradi le loro speculazioni. Alcuni recisamente pongono come principio che l' unico *fine* della pena sia la *emenda* del reo; anzi in questa sola trovano il fondamento della legittimità del giure penale: altri con un eclettismo impossibile (poichè è impossibile congiungere le idee di *punire* e di fare *un benefizio* al colpevole) congiungono il *fine* della emenda, al *fine* dello *esempio.* Altri recisamente negano che possa la società infliggere pene *perpetue* (1) perchè avversano la correzione, o mostrano disperarne: altri si contentano del metodo della *liberazione* provvisoria. Noi abbiamo già

Digitized by Google

(§. 645 nota 1) espresso il nostro pensiero su questo novello sistema: ma qualche torta interpetrazione della nostra opinione ci forza a formularla di nuovo. Noi ammettiamo che la società abbia il *dovere* di tentare per ogni modo la emenda del colpevole; ed ammettiamo che come strumento a tale effetto essa debba profittare del tempo della espiazione della pena per agire efficacemente sull'animo del condannato; come è suo debito di operare *sempre* a cotesto effetto sull'animo di tutti i cittadini, salva però sempre la libertà individuale. Ma ciò che noi neghiamo si è che questa immensa serie di azioni, a cui la società deve adoperarsi indefessa pel miglioramento dell'uomo (ultimo fine della consociazione umana) appartenga al magistero penale. Noi non ammettiamo che la giustizia penale debba deporre la sua spada in faccia al delinquente corretto. La pena deve essere pena. Non già perchè si punisca per il piacere di punire, come fu argutamente detto da alcuno che volle porre in ridicolo cotesta formula: ma perchè il *fine* della pena è di *riparare al male politico* del delitto. Il delitto ha intimorito i buoni, incoraggiato i male inclinati; la pena deve rialzare il coraggio dei buoni, deprimere l'audacia dei perversi. Il diritto negato col malefizio deve essere riaffermato dallo stesso colpevole col subire la pena. La forza morale oggettiva del crimine deve essere neutralizzata dalla forza morale oggettiva della pena. Ecco come noi concepiamo il *fine* della pena. E perchè raggiunga cotesto fine, la pena deve essere un *male* (2) (poichè la sua *forza morale oggettiva* non può essere senza un rapporto

Digitized by Google

con la sua *forza fisica oggettiva)* e deve essere *certa*. E cosa intendiamo noi per *certezza* della pena già (§. 642) lo avvertimmo. La *certezza* della pena non sta solo nel più o meno facile discoprimento dell' autore del delitto, o nella più o meno facile condanna del medesimo. Essa sta in questo che la condanna pronunciata faccia sicuri i cittadini tutti (o buoni o rei) che essa sarà realmente eseguita; e non si risolverà in una vana parola che dileguisi al vento o per protezione di fautori, o per debole pietà del governo, o per artificiosa ipocrisia del condannato. Tale, e non altra è la opinione nostra: alla quale aderiamo, non perchè *non si conosca da noi* cosa significhi *emenda* del reo (come piacque a taluno di dire) ma perchè noi stimiamo prevalente e assoluto il debito che ha la società verso i cittadini di punire i delinquenti: secondario e relativo il debito della società verso il colpevole: e perchè la esperienza ci ha mostrato con quanta facilità da alcuna sorta di colpevoli (specialmente da quelli appartenenti al sesso ipocrita per natura e gran maestro di finzione) si venga a simulare pentimento e correzione, anche nella sola speranza di un alleggerimento del peso della pena. Or che sarà se si pone per regola che la pena *cessi* in ragione della emenda? La penalità non è più nella mano del giudice, nè della legge: essa è nella mano ed arbitrio dello stesso colpevole. Il bambino capriccioso che apprese una volta come col piangere si ammollisce la severità paterna, seguita ogni sua voglia senza più temere il castigo: perchè sa che il castigo si evita col piangere.

Digitized by Google

Qual è d' altronde la *emenda* che vuolsi raggiungere con la pena? La *soggettiva* o *interiore*, oppure la *oggettiva* o *esteriore?* La emenda soggettiva non può mai dalla società accertarsi: solo Dio può leggere nelle latebre dell' animo umano, e scorgervi la leale abiura delle viziose propensità, l' affetto sincero ridestatosi in quello per la virtù. L' uomo benchè vestito di porpora, sarà il più delle volte ingannato: e più spesso e meglio ingannato dai più scellerati. Sicchè se l' autorità sociale deve procurare anche la emenda *soggettiva* (non del solo colpevole ma di tutti i cittadini) non può per altro sull' affermazione della medesima radicare una decisione qualunque: perchè tale affermazione non può mai essere *positiva* per parte sua, ma unicamente *congetturata* dalla emenda *oggettiva*, ossia da ciò che mostra la condotta *esteriore* dell' uomo. D' altronde può egli seriamente affermarsi che l' autorità sociale abbia neppure il *diritto* di esigere la emenda soggettiva? Io ne dubito. Ed in certi casi tengo come positivo che *non ne abbia il diritto*. Vi sono di quei reati che tengono ad una convinzione dell'animo, ad una fede o religiosa o politica; la quale per quanto si possa deplorare come erronea, non ha niente in sè di vizioso. La emenda *soggettiva* in cotesti fatti non può esigersi senza conculcare la libertà di coscienza o la libertà di opinione. Il partigiano del governo dispotico, e del diritto divino, che si conduce in carcere per manifestazioni contro il governo nostro, non potrà dirsi *soggettivamente* corretto, se non ha rinnegato le sue convinzioni. Lo stesso dicasi del liberale che si ponga in carcere da un governo dispotico per

Digitized by Google

causa di scritti, od atti tendenti a promuovere l'attuazione delle dottrine in suo cuore radicate. Ha essa il diritto la società di esigere questa *emenda?* . . . Di esigere cioè che il realista divenga liberale per fede di animo, e il liberale realista; come vanta il diritto di esigere che il ladro si persuada che fa male a rubare, e colga in aborrimento il rubare, e converta l'animo suo alla più splendida fede del diritto di proprietà? Io non credo che neppure coloro che più si curvano alla idolatria dello Stato, osassero oggi proclamare cotesti diritti; essi che con tanta energia lottarono a demolire la idolatria del diritto regio.

Io lodo nell'autorità sociale il *desiderio* della emenda soggettiva, che come *desiderio* è libero a tutti: ammetto pure che essa *debba* procacciare tale emenda; salva però sempre (come sopra ho detto) la libertà individuale: non le concedo il *diritto* di esigerla. Penso che essa non abbia nè potenza nè diritto di imporre al condannato niente altro più che la emenda *oggettiva*. Esigere cioè che egli faccia proposito di conformare in avvenire i suoi atti esteriori alla legge, e che uniformi a cotesto proposito le proprie azioni. Vale a dire di non più (a modo di esempio) ledere l'altrui proprietà; salvo a conservare nel segreto del suo cuore la più religiosa aderenza alle dottrine di Owen, o di Proudhon, se a lui così piace. Ma la emenda *oggettiva* come può essa manifestarsi dal condannato, finchè è rinchiuso nella sua cella? . . .

(1) Non tutti gli avversarii della pena *perpetua* ragionano la loro ostilità a cotesta pena sul principio della *emenda*.

Digitized by Google

Avvi chi vorrebbe proscritta la pena perpetua per la mera *eccessività* del suo rigore. Su questo proposito mi piace notare un fatto singolarissimo. Quando la Spagna lanciatasi nel 1821 sulle vie del progresso, intendeva a correggere la sua legislazione penale (non barbara quanto quella delle ordinanze di Francia ma tinta pur troppo del colore dei secoli passati) e il nuovo progetto di Codice dettato dalle Cortes circolavasi alle magistrature per consiglio, la Corte della Nuova Castiglia pubblicava (1822) le sue *osservazioni* su tale progetto. La Corte pone questo principio che *la servitù perpetua della pena è* IN REALTA' *un male maggiore della morte.* Quindi propone di abolire le *pene perpetue:* e seguendo cotesta idea, a molti dei più gravi crimini, pei quali il progetto delle Cortes minacciava la galera a vita, propone sostituirsi la *pena di morte!* Questo pensiero; che non è già un volo fantastico di privato scrittore, ma un voto solennemente emesso da un rispettabile collegio di magistrati; non è soltanto notevole per la singolarità delle applicazioni: esso è meritevole di essere meditato da tutti coloro che studiano la questione della pena di morte, come fatto per cui mostrasi ad evidenza che la convinzione della prevalente gravità della reclusione a vita sulla morte non è una opinione dei soli umanitarii, nè dei soli nemici di questa pena. Essa è sentita come una *realtà* anco da coloro che ne sono fautori. Noi dividiamo su questo la opinione della Corte di Castiglia: ma rinneghiamo assolutamente ambo le conseguenze che ne volle dedurre.

(2) Su questo proposito è a vedersi la dotta polemica inserita nella *Escuela del derecho, tomo 2, pag. 241 e susseguenti.* Io non credo vera la formula proclamata da illustri giureconsulti contemporanei i quali affermano che dopo la istituzione del sistema penitenziario la pena ha *cangiato natura*, ha *mutato* fine. Io aborro il vecchio metodo della detenzione promiscua, lodo il sistema penitenziario, le società di patrocinio dei liberati, e quanto altro la moderna civiltà viene dettando pel salutare scopo di richiama-

Digitized by Google

re i caduti dal sentiero della colpa. A me pure gode l'animo nel vedere che la società, mentre niente opera a pro degli infelici colpiti da calamità immeritate, ponga ogni studio ad istruire, educare e proteggere gli infelici che sono rimasti vittima di un fatale pervertimento del cuore. Me ne gode l'animo, perchè ne traggo speranza che questo sia avviamento nel progresso ulteriore a diffondere sempre più la carità cittadina, ed a fare verso gli onesti per virtù del l'amore, ciò che viene a praticarsi a riguardo dei corrotti, per cagione di timore. Ma in tutto questo svolgimento umanitario, benefico e santo, io non veggo come possa modificarsi la natura della pena, o cambiare il suo fine. Egli è questo l'ordine solito della industria umana, che si sfrutti a diverso fine una cosa che fu ad altro fine costituita: ma il novello servigio non denatura cotesta cosa, nè fa cessare il primitivo suo scopo. La pena sta immota sui cardini che le diede la legge eterna dell'ordine. Sanzione necessaria della legge naturale, essa è e sarà, perchè abbisogna che sia; perchè senza di lei non sarebbe possibile un ordine nel mondo morale. Sta bene che lo stato sfrutti ad altri scopi il tempo della punizione per migliorare il colpevole. Ma la pena rimane qual'è nella sua natura. Essa deve avere una forza fisica oggettiva che affligga il colpevole: e non può mai convertirsi in una opera di paterna beneficenza. Essa conserva il primitivo suo fine, e deve avere una forza morale oggettiva che ricomponga la pubblica tranquillità turbata dal delitto, confortando nei buoni la opinione della propria sicurezza. E questa natura e questo fine sono inalterabili, perchè essenziali alla indole umana, essenziali al magistero penale. Da tutte queste novelle istituzioni altra modificazione non può trarre il giure penale fuorchè quella tutta esteriore di minorare la durata dei gastighi in ragione della maggiore durezza della cella solitaria: ma ciò ben lungi dal denaturare la pena, altro non è che lo svolgimento del principio fondamentale impostole dalla giustizia, che la cresciuta intensità della pena debba minorarne la durata,

Digitized by Google

e viceversa. Nel rimanente essa deve restare qual' è, e bisogna che resti tale, se vuolsi continui ad essere strumento di pubblica sicurezza. La *pena* ha nella sua natura e nel suo fine primitivo come condizione *accessoria* la emenda del condannato, in quanto è *pena* che lo affligge: e affliggendo lo costringe per la via del timore alla emenda *oggettiva*, e lo avvia per la riflessione alla emenda *soggettiva*, ma questa è condizione *accessoria*. La società in quanto amministra, oltre il magistero penale, anche l' alta direzione morale dei consociati, profitta ulteriormente della pena per agire sui condannati: e fa benissimo. Ma ciò non può alterare la natura ed il fine *primario* della pena. L' uomo si approfitta del sole per rasciugare le sue lingi, della luce per dipingere, del vento per solcare i mari, delle acque come forza motrice. Ma non può per questo affermarsi che il sole, la luce, l' acqua, i venti abbiano cambiato natura, o deviato dal fine pel quale la mente divina li volle come strumento di ordine nel mondo fisico.

§. 1027.

Ciò mi conduce a non ammettere per modo alcuno la teoria della *cessazione* della pena per cagione della emenda che *credasi* ottenuta: e mi conduce altresì a non ammettere il sistema della *liberazione provvisoria* per cagione della emenda che si *spera* ottenere.

Liberazione provvisoria, come mezzo di sospendere la *esecuzione* della sentenza, si intende oggidì sciogliere il condannato dal carcere o dalla reclusione, dopochè ne ha espiato una parte, ponendolo in libertà a *condizione* che qualora conducasi male ei debba essere ridotto ad espiare il restante della sua pena, salvo aggiungervi le nuove che egli abbia incorso. Ora que-

Digitized by Google

sto metodo può essere speranzoso a procurare la emenda *oggettiva* del condannato: perchè appunto si rende a lui *certa* la pena (consistente nel complemento della inflitta condanna) per qualsiasi cagione che egli offra di temere di sè; ma è dannoso alla tutela giuridica, perchè rende *incerta* la pena del *primo* delitto. Io concordo la utilità di siffatto sistema sotto un aspetto: ma persevero a tenerlo pericolso sotto altro aspetto. Esso può giovare ad impedire le *ricadute*, ma rende più facili le *cadute*. L' odierno calore d' impedire le *recidive* è figlio di uno spavento che si è destato *oggi* nei dotti perchè le statistiche ne hanno presentato loro il numero in *cifre rotonde:* e non avvertono che in tutti i secoli vi sono stati (e pur troppo vi saranno) i delinquenti abitudinarii. È lo zelo di ovviare alle recidive che porta a vagheggiare nuove idee. Un tempo si credette porvi argine con esacerbare la penalità del secondo delitto fino alla crudeltà. Oggi che la fede nel terrore, la Dio mercè, impallidisce, si vuole ovviare alle recidive non più con la esacerbazione della seconda pena, ma con lo alleviamento della prima pena. E per correre dietro ad una utilità problematica si manomette la giustizia, e si dà un fomite a tutti coloro che sono per la prima volta allettati a delinquere, per la certezza che offre loro la legge di ridurre ai due terzi od alla metà quella pena che aveva loro minacciato la legge medesima.

Ma almeno questo diritto di grazia che si concede ad una direzione di carceri, vuolsi esso fondare sopra *fatti positivi?* Non già. Una mera *apparenza;* una mansuetudine affettata pel fine di consumare ulteriori

Digitized by Google

vendette, scioglie i lacci che trattenevano l'assassino, e lo lancia *per esperimento* a correre ove la passione lo spinge: salvo poi a riprenderlo (se riesce) dopo che ha messo in costernazione le famiglie dei suoi denunciatori, dei testimonj, e via discorrendo. Un'apparenza, una speranza disarma la giustizia.

Come *fatto positivo* la emenda non può *affermarsi mai*. Non la emenda *soggettiva* perchè è l'arcano del cuore: non la emenda *oggettiva* perchè manca il criterio di sperimentarla nell'uomo chiuso in una cella. Tanto è ciò vero, che comunemente si usa la espressione, delinquente che *si mostra* emendato; non già, *che è* emendato. Così un' *apparenza* revoca un decreto solenne dell'autorità giudiciale.

Ma almeno questa *apparenza* si fonda essa sopra un giudizio solenne, pubblico, che valga a far quieti gli animi dei cittadini; e che non affralisca il rispetto dovuto alla autorità magistrale? Niente di questo: e male si potrebbe davvero procedere con forme di esatta giustizia ad una liberazione che dassi a chi *si è mostrato* corretto. La liberazione decretata da un collegio di amministrazione carceraria (che per quanto rispettabile è pur sempre inferiore alla magistratura giudicante) è una *deroga* all'autorità magistrale; che nell'animo mio si presenta come una incoerenza gerarchica, e come un indebolimento dell'autorità punitiva. Un irenarca, un delegato, un proposto di prigioni divengono gli arbitri della esecuzione delle pene. Lo saranno pur troppo anche oggidì; per la necessità che le autorità locali abbiano sempre un impero nella esecuzione di ciò che loro si affida: e da ciò ne av-

Digitized by Google

verrà che non tutti i detenuti stiano male ugualmente nelle prigioni, e ve ne siano di più o meno fortunati secondo le simpatie dei carcerieri. Ma ciò si asconde entro le pareti delle prigioni, nè il pubblico è testimone della *intensità* maggiore o minore dei castighi come lo è della loro *durata*. Laonde se vi è nel popolo quella fede nei magistrati che è gagliardo sostegno dell' ordine, saravvi altrettanto sospetto avverso le liberazioni ordinate contro il giudizio dei magistrati. Dice il sig. Mittermaier *(stato attuale delle questioni sulle carceri cap. 11 in fin.)* che ogni giudice quando sappia che un reo condannato da lui a due anni di prigionia è stato scarcerato dopo un anno perchè si è mostrato corretto, dovrà nell' animo proprio esultarne, perchè dirà a sè stesso che se avesse preveduto la di lui emenda lo avrebbe egli stesso condannato a pena minore. L' illustre professore di Eidelberga, principe dei criminalisti europei, dice benissimo in un senso. Il giudice ne godrà *come uomo*. Ma agli occhi del pubblico la reverenza alla *magistratura* ne soffre. Il colpevole esce di carcere *a dispetto* del suo giudice e gli ride in faccia; e il pubblico vede con timore che i decreti della magistratura (nella quale riposa il cuore come in palladio della sua sicurezza) sono *revocati* da una amministrazione che agisce in segreto, e nella quale egli sospetta a ragione le sinistre influenze della burocrazia. Nè meno ne colgono audacia i perversi. È un fatto che col *mostrarsi pentiti* si elude la pena, e si schernisce il giudicato: ed è un fatto che in tal guisa si capovolge l' ordine delle gerarchie; e il rispetto al desiderio del-

Digitized by Google

la *emenda* volge a pregiudizio della penalità, ed è causa di pubblica trepidazione. In sostanza tanto vale che dicasi a chi è tentato al delitto, vi minaccio cinque anni di pena, tanto vale gli si dica ve ne minaccio dieci, ma con facoltà in voi di ridurli a cinque se vi piaccia. Il sistema della liberazione provvisoria non può dunque sostenersi neppure in faccia al criterio della *utilità;* perchè, — 1.° diminuisce la *sicurezza* — 2.° diminuisce la *opinione della sicurezza* — 3.° apre l' adito ad un *arbitrario* pericoloso — 4.° affievolisce l' *autorità della magistratura.* Ma noi che nella *utilità* non possiamo riconoscere il fondamento della ragione di punire, abbiamo, oltre coteste considerazioni, ostacoli più gravi e più severi che ci costringono a non ammettere siffatta elasticità di repressione. La pena è la necessaria sanzione del precetto violato, sanzione prescritta e voluta dalla suprema legge dell' ordine morale, precedente e causa delle società civili, e sovrastante a tutte le leggi umane. Quella porzione di pena alla quale si esime provvisoriamente il condannato, per poi di nuovo irrogargliela se male si conduce, rimane senza la sua ragione di essere. Può dimandarsi se questa pena condizionale si irroga pel primo delitto o per le posteriori irregolarità. Se dessa era giustamente dovuta alla prima infrazione, fu contro la giustizia il toglierla a colui che ne era stato dichiarato coi legittimi modi e dalla legittima autorità meritevole: se si irroga per le posteriori irregolarità, è ingiusto che lievi mancanze arrechino un castigo che può essere talvolta di parecchi anni di casa di forza. Che se ad evitare cotesto dilemma si ordinasse il me-

Digitized by Google

todo della *pena condizionale* per guisa che il liberato non dovesse incorrerla, tranne per un vero delitto posteriormente commesso da lui, e regolarmente verificato e giudicato; scorgesi facilmente che ridotto il metodo a cotesti termini (nei quali soltanto potrà farsi cessare ogni sospetto di parzialità) ei non sarebbe altro che una *forma speciale* di punire la *recidiva*. L'aumento di pena pel recidivo sarebbe allora stabilito dalla legge, e decretato dal giudice, in una misura determinata alla occasione del primo giudizio. Il magistrato avrebbe detto — abbia costui (per esempio) tre anni di casa di forza immediatamente; e più se ricada in un nuovo delitto, abbia oltre la nuova pena un altro anno di casa di forza. Lo che sarebbe, ripeto, una nuova *forma* data alla repressione della recidivanza; e niente di più. Sarebbe l'attuazione del sistema che la pena della recidiva si misuri dal *primo*, e non dal *secondo malefizio*. Ma tacendo ciò che potrebbe obiettarsi alla liberazione provvisoria quando sotto cotesta forma si presentasse, certo è che il metodo oggi propugnato dai correzionalisti non procede su cotesta linea. Al modo con cui essi la intendono, il residuo della pena da cui hanno liberato il condannato per la speranza della sua emenda, evidentemente lo irrogano pel *primo delitto;* poichè a ciò bastano meri sospetti. Dunque si ritiene che il *primo delitto* esigesse cotesta repressione: dunque fu contraddittorio il non applicarla. Fu un tentativo empirico che tolse al precetto una parte della dovuta sanzione: fu contro la giustizia. In una parola il sistema non può difendersi senza negare che la pena deve essere *cer-*

Digitized by Google

ta; e proclamarla invece *redimibile* a piacimento del condannato.

CAPITOLO ULTIMO

Limiti esterni *del giure penale.*

§. 1028.

I *limiti* del giure penale in ordine ai tre diversi fatti che ne formano l'oggetto, sonosi svolti fin qui sotto il mero rapporto *interno.* La principale ricerca del giure penale filosofico, nella sua parte generale, stringesi in questo campo: trovato il fondamento della potestà punitrice, determinare quali siano i confini che la ragione giuridica impone all' autorità sociale, sì nel *vietare,* sì nel *minacciare la pena,* sì nel *giudicare,* ossia nell' attuare la minaccia. E questi limiti si dicono *interni;* perchè, o si desumano dai dettati di assoluta giustizia o dalla ragione politica, essi discendono sempre come necessarie deduzioni logiche dalla *ragione di essere* del giure penale. Laonde non dipendono da condizioni estrinseche, nè da circostanze di persona o di luogo; sempre che quelle o queste non modifichino la indole giuridica del fatto, ossia il suo rapporto col diritto respettivamente offeso e protetto.

§. 1029.

A corona delle nostre speculazioni rimane ad esaminare se il giure penale abbia o no dei limiti *ester-*

Digitized by Google

ni, e quali essi siano. Cotesta teorica fu da molti pretermessa, e da altri anteposta alla esposizione del corso; lasciando i primi una lamentabile laguna, e seguendo i secondi un ordine (a mio avviso) prepostero; perchè non bene si possono definire i limiti *esterni* del giure penale, e neppure se ne può comprendere tutta la importanza, finchè non si sono completamente definiti e compresi i suoi interni confini.

§. 1030.

Può essa l'autorità punitrice, mentre trova in un fatto le condizioni che legittimerebbero lo esercizio della sua potestà (astrattamente guardata come tutela del diritto) incontrare, malgrado ciò, un ostacolo che arresti le sue investigazioni, e che la disarmi?

§. 1031.

Tale ostacolo non solo si configura nel *tempo*: avvegnachè la non retroattività della legge penale, tenga alla *nozione del delitto* (§. 25): ma più specialmente si configura nel *luogo* del commesso delitto, ove questo siasi eseguito fuori del territorio sottoposto alla giurisdizione dell'autorità sociale che vorrebbe punirlo. Eccoci all'arduo e controverso problema della *territorialità*, o *personalità* del giure penale (1).

(1) Vedasi l'articolo del prof. Bertauld inserito nella *Revue critique vol.* 29, *pag.* 24: e la stessa *Revue critique* vol. 20, pag. 554; vol. 21, pag. 437.

Digitized by Google

§. 1032.

Che la legge penale sia legge primitivamente *territoriale*, ella è cosa fuori di dubbio. Dissimile dalla legge militare, dalla legge ecclesiastica, o da altre tali che legano soltanto gli uomini ascritti ad un determinato consorzio; la legge penale proteggendo l' ordine nello Stato impera a tutti i fatti che nello Stato si compiono a danno di quell' ordine; senza curare se da suddito, o contro suddito; o piuttosto da straniero, o contro straniero siano commessi.

§. 1033.

Alcuni a spiegare l' impero della legge sui forestieri che sono nel territorio (1) ricorsero alla idea che il forestiero venendo nel nostro paese si assoggetta *tacitamente* alle leggi del medesimo. Questa spiegazione è viziosa, perchè presuppone che la forza obbligatoria della legge non possa nascere che da un *patto* o espresso o tacito. La ragione vera è quella detta testè.

(1) Per *territorio* di uno Stato si intende tanto il territorio *reale*, quanto il territorio *fittizio*. Ed è tale 1.° il così detto *mare territoriale* — 2.° la *nave* sotto bandiera nazionale — 3.° i luoghi all' estero dove sventola la *bandiera* nazionale, perchè occupati dall' esercito della nazione. La questione che nasce sul proposito della *territorialità* della legge penale non cade sulle *persone* che delinquono entro il territorio; le quali tutte indistintamente sono soggette alla legge punitiva. Cade bensì sul punto di definire cosa si intende

Digitized by Google

per *territorio* a cotesto effetto. E il dubbio sorge in proposito dei bastimenti. Cercasi cioè: 1.° se i bastimenti nazionali, o da guerra o mercantili, mentre veleggiano in *alto mare*, si considerino come prosecuzione del territorio della nazione — 2.° se si considerino come tali mentre sono in *porti* stranieri — 3.° se si considerino come prosecuzione di territorio i *porti* e *golfi*, e littorali della nazione, rispetto alle navi straniere ivi ancorate, e ai delitti che vi si commettono. L'ultimo pronunciato della dottrina su tali questioni è benissimo riassunto nel progetto del codice Portoghese elaborato con sommo studio dalla commissione presieduta dal Commendatore Consigliere Levi-Maria Jordao, titolo preliminare, capitolo 1, sezione 2, articolo 2.

§. 1034.

Del resto o per uno o per altro motivo, la *territorialità* come *causa efficiente* del gius di punire non si nega da alcuno. Ciò che porge argomento di disputa è la *territorialità* come *limite* del gius di punire; in quanto pretendasi che la legge proibitiva e punitiva di certi fatti, non possa colpirli se commessi in estero territorio. E qui la divergenza delle opinioni, e dei precetti legislativi.

§. 1035.

Nei tempi primitivi lo stato di antagonismo, e quasi di guerra, in cui vivevano le nazioni fra loro, dovette far prevalere il sistema della *territorialità* come limite insuperabile del giure penale. E se le storie di quei tempi ricordano qualche esempio di eccezione, lo ricordano piuttosto come concessione ottenuta dal timore

Digitized by Google

o dalla benevolenza dell' autorità presso la quale erasi rifuggito il colpevole, di quello che come obbedienza ad una regola costante di diritto. Nè mancò anco fra gli scrittori chi strettamente opinasse applicabili al giure penale i termini di vero *statuto reale* (1); e non poter mai per conseguenza il codice penale prender di mira fatti avvenuti fuori dello Stato, neppure se commessi da cittadini, o a danno di cittadini: vedasi Kluber *droit de gens* §. 61. Per costoro la *territorialità* è condizione *sine qua non* indispensabile allo impero della legge penale. Tale dottrina prevale in Inghilterra e negli Stati Uniti.

(1) Il richiamo a questo luogo della distinzione fra statuto *reale* e statuto *personale* non fece che intralciare il problema, complicandolo con parole ed idee, le quali attengono a tempi e materie diverse, e sono inapplicabili alle leggi punitive. Queste hanno propriamente un modo di essere tutto diverso sì dagli statuti personali come dagli statuti reali. Quando in una disputa s' introduce una distinzione che non vi ha che fare, ambedue i discettanti procedono per via di eliminazione: e dimostrato che un termine non è applicabile, credono aver dimostrato (ciascuno alla sua volta) la ricorrenza del termine opposto. Ma ciò conduce a false argomentazioni: vedasi Trebutien 2, 128.

§. 1036.

Ma la cresciuta civiltà affratellando le nazioni, e facendo loro sentire che meglio a tutte tornava conto aiutarsi reciprocamente anzichè malignamente osteggiarsi, venne introducendo più larghi principii: e la

Digitized by Google

estraterritorialità del giure penale giunse poco a poco a costituirsi in dottrina, ed ebbe caldi sostenitori.

§. 1037.

Se non che costoro adoperando la formula inesatta della *personalità* come sinonimo della *estraterritorialità* del giure penale, vennero esprimendo concetti confusi, e spesso discordi nella sostanza; quantunque sembrassero propugnatori della istessa dottrina. Il principio che tutti costoro ebbero a comune fu unicamente quello di ammettere *per certe condizioni* la potenza del giure penale fuori del territorio: ma poi nel definire coteste condizioni divagarono per diversi e spesso opposti sentieri. Dal che ne avviene che senza un riordinamento, non può venirsi a capo di niente in questa dottrina; non solo a fine di risolvere il problema, ma neppure a fine di classare le opinioni, e ben distinguere le concordi dalle discordi. E poichè sono per chiudere questo programma, mi piace trattenermi su tale argomento un poco più in largo che non si addirebbe al concetto del presente lavoro.

§. 1038.

Io mi valgo pertanto della formula *estraterritorialità*, come quella che vale a comprendere in sè tutte le varie affermazioni che sonosi in senso estraterritoriale sostenute. E quindi analizzando le varie opinioni secondo il diverso criterio che si assunse dagli scrittori come ragione di spingere l'occhio dell'autorità punitrice oltre i confini dello Stato, io tenterò di classarle.

Digitized by Google

§. 1039.

Ma prima bisogna avvertire che la questione non nasce quando la serie dei momenti fisici che costituiscono il delitto è stata in parte eseguita in un regno, e in parte su territorio estero (1).

(1) Questa ipotesi sviluppa un caso *misto* e può sulla medesima vedersi Bonfils *de la competence pag.* 320, ma voglio notare che dove non fosse applicabile la giurisdizione nostra sul fatto principale consumato all' estero sarebbe empirico pretendere che tale giurisdizione nasca dal *cominciamento del fatto tra noi*, a meno che (notisi bene) tale cominciamento non presenti già in sè i caratteri di un'azione criminosa per se stessa punibile come tentativo. Parimente affatto diversa dalla questione presente è quella relativa ai delitti commessi sui bastimenti mercantili, la quale ha implicito il preambulo problema relativo a determinare se i medesimi possano considerarsi come prosecuzione del territorio al quale appartiene la loro bandiera, e quando ciò; e se essi soggiacciano o no alla giurisdizione del porto dove sono ancorati. Può vedersi un cenno di tali questioni in Bonfils *de la competence pag.* 292, e Hautefeuille *legislation criminelle maritime.* Ma ripeto che tali questioni niente hanno di comune col problema principale della estraterritorialità se non in quanto una od altra soluzione data a questo principale problema possa eliminare la occasione di siffatte questioni.

§. 1040.

Del pari qui non trattasi di cercare se una nazione possa invadere il territorio alieno per amministrarvi

Digitized by Google

giustizia punitiva, e colà raggiungere il colpevole e punirlo. Ciò non si tollera; e sarebbe una violazione del gius delle genti. Perlochè io dissi stendere l'*occhio;* e non dissi stendere *la mano*. Avvegnachè trattisi soltanto di sapere se l' autore di un delitto commesso *all' estero* possa, quando spontaneo si conduca tra noi, dalle autorità nostre legittimamente arrestarsi, giudicarsi, e punirsi per quel delitto. Sono questi i puri termini del problema. Che lo si possa *in genere*, ossia in *certi casi*, lo insegnano molti: ma dire *quando* lo si possa, dipende dall' accettare una od altra delle varie formule che vado ad esporre: e sono

1.° Estraterritorialità per ragione di *difesa pubblica*, o di *conservazione*.

2.° Estraterritorialità per ragione di *personalità attiva*.

3.° Estraterritorialità per ragione di *personalità passiva*.

4.° Estraterritorialità per ragione di *eccitamento privato*.

5.° Estraterritorialità per ragione di *reciprocità*.

6.° Estraterritorialità *assoluta*.

§. 1041.

1.ª — Estraterritorialità per *ragione di difesa pubblica*.

Fu il Vattel (*Droit des gens*, *lib.* 1, *chap.* 19, §. 233) l' antesignano della dottrina che autorizza la inquisizione di fatti estraterritoriali, quando cotesti siano

Digitized by Google

di tale natura da porre a pericolo la sicurezza *pubblica* della nazione. Questa dottrina, distinguendo fra *delitto* e *delitto*, ammette che da noi si puniscano, benchè commessi all' estero, le cospirazioni o altri attacchi contro il governo, la falsa moneta, ed altri simili. Per costoro il diritto di punire i fatti commessi fuori dello Stato non vi sarebbe, ma bisogna costituirlo per la necessità della pubblica difesa e per la presunzione che il Governo del luogo dove tali fatti si commisero possa non avere interesse a punirli o averlo contrario. Vedasi Ortolan §. 888, 900. A questo pensiero s' ispirò il codice Francese di istruzione criminale (art. 5 e 6) (1) limitandolo però nell' applicazione forse più di quello non fosse il concetto di Vattel. Infatti ammette potersi punire in Francia il delitto commesso *all' estero* anche dal *forestiero*, soltanto quando si tratta di attentato contro lo Stato, o di falsa moneta. Analoghe disposizioni leggiamo nel codice Sardo art. 7, e nel codice Toscano art. 5, §. 1.

(1) Le disposizioni di questi articoli sono state modificate in Francia con la legge del 1866, sulla quale è a vedersi lo scritto pubblicato a Parigi in detto anno sotto il titolo, *Rapport sur le projet de loi relatif aux crimes et delits commis en pays etranger, lu au senat le 22 juin 1866 par M. le President* Bonjean *Senateur:* nel quale scritto benchè sia corso un qualche equivoco di fatto in ordine alla legislazione penale vigente nel Regno d' Italia si trovano ottime osservazioni filosofiche, e ragguagli importanti sullo stato attuale della dottrina relativa al presente argomento.

Digitized by Google

§. 1042.

I seguaci della territorialità *pura* del giure penale, persistono a dire che in questo caso non si irroga una *pena* per *giustizia*, ma si fa un atto di mera *politica*. E veramente mera ragione *politica* è quella che ne addusse l' Hertio (*de collisione legum sect.* 4, §. 19), ripetuta poscia dal Feuerbach; osservando che se alcuno all' estero commetta omicidio o furto, sarà punito dall' autorità di quello Stato; ma se cospira contro il nostro governo, il governo estero non ha interesse a punirlo. Quindi necessità che si punisca da noi.

§. 1043.

2.ª — Estraterritorialità in ragione della *personalità attiva*.

Molti di coloro che sostennero la *personalità* della legge penale, presero a considerare la *persona agente* nel delitto (1) e fondarono la efficacia estraterritoriale del giure punitivo sulla sua qualità di *statuto personale*.

(1) Voet *de statutis* — Bohemer *de delictis extra territorium* — Claro *quaest.* 39, *n.* 44. Jousse (*droit criminel tom.* 1, *pag.* 424) e Rousseaud de la Combe (2, 1, 34) dicono che tale era l' antica pratica di Francia. Si attuò questa massima nel codice del Brumajo anno IV, e si tentò riprodurla nel 1842, 1845, 1849, 1852: Bertauld *pag.* 121, *et* 128 — Helie *instruction. vol.* 2 *pag.* 564, *et* 574.

Digitized by Google

§. 1044.

Che tale sia il concetto di questa scuola è intuitivo .ove se ne considerino gli argomenti. Il suddito (dicono) è sempre legato dalla legge del suo paese. Ovunque egli vada, il *precetto* lo lega. La legge a cui soggiace gli ha detto, *tu non ruberai*. Egli viola il precetto e offende la legge cui deve obbedienza, in qualsivoglia luogo commetta un furto. Reduce in patria, la legge ha diritto di chiedergli conto del violato precetto.

§. 1045.

Coloro che partono dalla idea del *contratto*, la ragionano con parole diverse. Dicono violato il *patto*, anzichè violato il *precetto*. Ma la sostanza dell'argomento è la stessa: sempre si prende a base un vincolo tra l'*agente* e la *legge* dello stato. E qualunque sia la base della formula, il suo risultato è quello che il cittadino tornato in patria può essere chiamato a render conto di tutti i delitti che all'estero abbia commessi, sia contro un estero, sia contro un connazionale.

§. 1046.

Così la ragionano fra i moderni Tittman, e Jenull; i quali si combattono da Abegg, Wens, Cosman (1) ed altri. Le obiezioni di questi si stringono nello invocare la regola — *nullum delictum sine lege*. Il fatto (dicono essi) avvenne *in luogo dove*

Digitized by Google

la legge non aveva impero: dunque col punirlo voi figurate un delitto senza legge violata.

(1) L'Henke nel suo *manuale di diritto criminale*, (*t.* 1, §. 90) limita questa teoria solo al caso di uno che siasi assentato dalla patria per andare a commettere un delitto, e poi sia tornato. Ma, salvo il rispetto a tanto nome, parmi che ammessa la punibilità in questo caso, manchi la ragione *giuridica* di negarla negli altri. O vi è impero della legge, o non vi è. Nel caso figurato dall'Henke è vero che il progetto criminoso sarebbe formato qua, ma la legge si viola con lo eseguire il delitto, non col progettarlo: e se vi è *competenza* per il *fatto*, essa vi è sempre: se si desume dal *pensiero*, si punisce il *pensiero*.

§. 1047.

3.ª — Estraterritorialità per ragione della *personalità passiva;* ossia della persona a danno della quale fu consumato il delitto: in una parola, del paziente (1). Molti sostengono quella, che essi dicono *personalità* della legge penale, in un senso tutto diverso; applicando cioè questa formula al *paziente* del delitto.

(1) Rettifico una inesattezza caduta a questo luogo nella prima edizione. Il *paziente* di un delitto non è in modo assoluto, e costantemente, l'identico che il suo *soggetto passivo*. Può in alcuni delitti identificarsi l'uno con l'altro. Così nell'omicidio o nella lesione personale, il ferito o l'ucciso sono ad un tempo *soggetto passivo* e paziente del malefizio. Ma tali accidentalità non portano ad identificarli in un modo assoluto, ed a confondere la nozione dell'uno con la nozione

Digitized by Google

dell'altro. Il *soggetto passivo* è uno degli elementi che concorrono a costituire la *materialità* del delitto. È quel *corpo* sul quale il colpevole consuma l' azione criminosa. Il *soggetto passivo* può anche in certi delitti identificarsi col soggetto attivo primario, come nei reati che il colpevole consuma in sè stesso: per esempio la mutilazione del soldato operata di propria mano. Ma non sempre il *soggetto passivo* è il *paziente* del reato; perchè non sempre il *diritto*, la cui violazione costituisce l' ente giuridico del reato, risiede nel suo *soggetto passivo.* Questo deve per necessità essere *presente* all' azione: poichè se esso ne completa il *soggetto* deve *materialmente* intervenirvi. Il *paziente* del delitto è la persona (o persone) o fisica o giuridica, nella quale risiede il diritto che dal malefizio si viola. Questo può rappresentarsi anche da tutti i consociati, quando trattasi di violazione di diritto universale. Può essere assente e lontana le cento miglia dal luogo dove il misfatto si consuma; ed esserne anche ignara. Così nello incendio la casa abbruciata è il *soggetto passivo* del reato: ma il *paziente* è il proprietario benchè lontano, se trattasi di casa *altrui;* sono tutti i cittadini posti a pericolo dal fatto, se trattasi di casa *propria.* Nella diffamazione sono soggetto passivo del reato le persone che ascoltano o leggono la parola infamante: il *paziente* è il diffamato. Se invece trattasi di contumelia, lo ingiuriato è anche *soggetto passivo* insieme con gli altri che ascoltano. Nella presente ricerca la formula *personalità passiva* non indica per conseguenza il *soggetto passivo*, ma il *paziente* di un delitto. Se s' incendia in Francia un edificio che io là posseggo, il *soggetto passivo* dello incendio è cosa Francese, ma il paziente sono io Italiano. Se qua si deruba la casa che vi possiede un Francese, il soggetto passivo del furto è Italiano, ma il paziente è Francese. Ora si noti che in questo caso non si dubita della competenza Italiana sebbene il paziente sia Francese, perchè quantunque la cosa in ragione del diritto privato spetti ad un Francese, in ragione del diritto politico è Italiana perchè nel nostro territorio. La for-

Digitized by Google

mula della personalità passiva del delitto vuol essere dunque intesa nel senso di persona che soffre la offesa; di persona il cui diritto è violato; benchè essa non intervenga come *soggetto passivo* nei momenti dell' azione delittuosa, per la natura stessa del malefizio che non lo esige.

§. 1048.

Ciò pure è evidente dallo esame dei loro argomenti. Questi non più guardano la persona *vincolata* dal precetto, ma la persona *protetta* dal medesimo; considerando nel giure penale la protezione dei consociati. Dovunque si conducano coloro alla cui difesa è volta la legge, essi devono trovarsi sotto la tutela del suo magistero, in faccia a chiunque: Haus *cours de droit criminel vol.* 1, *n.* 94 — Ortolan *n.* 897, 908. Secondo la dottrina di quest' ultimo il forestiero che offese all' estero un nostro cittadino non dee tollerarsi che venga tra noi ad insultare l' offeso con lo spettacolo della sua impunità. Si è in diritto di punirlo qua se si introduce nel nostro territorio.

§. 1049.

Questa idea della *protezione* del suddito si combinò con la prima formula dall' art. 6 e 7 della procedura penale Napoletana: e si combinò con ambedue le precedenti formule nell' art. 4 e 5 del codice Toscano, ad imitazione del Badese (§. 4, 5, 6). Ma il codice Toscano dispone che se un toscano delinque all' estero *contro un toscano* debba essere punito con

Digitized by Google

le pene ordinarie ; e se invece il delitto è commesso all' estero da un toscano *contro un forestiero*, oppure da un *forestiero* contro un toscano, si debba infliggere *pena più mite*. Questa distinzione di pena fu censurata dall' egregio prof. Lodovico Bosellini. La giurisdizione a conoscere dei delitti commessi all' estero *contro i nostri nazionali* si sostiene in senso assoluto sulla scorta del Coccejo e del Rocco dal prof. Casanuova, *diritto internazionale sez.* 33. E come *unica* causa possibile di giurisdizione punitiva sui fatti avvenuti all' estero, si propugnò acremente dal Siegenbeek *(Diss. de jur. civil. extra terr.)* al quale sembra un' aberrazione punire i reati consumati fuori del territorio, quando non abbiano recato offesa ai membri della nazione che pretende conoscerne.

§. 1050.

4.ª — Estraterritorialità per ragione di *eccitamento dell' offeso.*

Ognuno può perseguitare il suo debitore ovunque lo trova: *ubi te invenio, ibi te convenio.* Se ciò si può per un debito civile, molto più deve potersi per un delitto. Laonde quando l' offeso e l' offensore s' incontrino in un paese, può, secondo tale principio (che procede da un' analogia desunta dal diritto civile) eccitarsi dall' offeso la giurisdizione locale, mediante querela contro l' autore del delitto da lui patito altrove.

Digitized by Google

§. 1051.

A tali pensieri sembra affine la osservazione del celebre Mittermajer, che cioè lo Stato in cui si ricovera colui che si rese delinquente all' estero, venga, stante l' impulso del leso, ad esercitare legittima giurisdizione, quasi per mandato della società offesa.

§. 1052.

Fece omaggio a cotesta dottrina l' art. 7 del codice d' istruzione francese: ma non già per assumerla come norma precipua della giurisdizione. Se ne valse unicamente come limitazione al criterio della *personalità*, che le leggi di Francia in ordine ai delitti contro i particolari esigono copulativamente tanto *attiva* quanto *passiva*. Infatti quell' articolo dispone che anche il delitto commesso fuori di Stato da un francese contro un francese, non possa in Francia perseguitarsi se non per *doglianza dell' offeso*. Invece l' art. 6 del codice Sardo accetta l' *eccitamento dell' offeso* come elemento di giurisdizione anche dove manca la *personalità passiva*, e dà efficacia uguale alla doglianza del forestiero offeso, purchè l' offensore sia un nazionale. Non mi è avvenuto di trovare un diritto costituito che estenda siffatta efficacia della doglianza anche al caso di delitto di forestiero contro forestiero. E solo ne vidi accennato qualche esempio in alcuni trattati politici della federazione germanica. Devesi però avvertire che la *condizione particolare* di certi Stati (membri tutti di

Digitized by Google

un grande corpo politico) rende problematico lo argomentarne una regola scientifica.

§. 1053.

5.ª — Estraterritorialità in ragione di *reciprocità*.

Molti scrittori di diritto delle genti applicarono il principio della *reciprocità* (che è dominante nei rapporti internazionali) anche al presente problema: Schmaltz *droit des gens liv.* 4, *ch.* 3, *n.* 3 (1).

(1) La influenza di questo principio anche nelle materie civili fu latamente svolta da Mittermaier in una dissertazione apposita, che si trova tradotta negli *Archives de droit vol.* 2, *pag.* 75.

§. 1054.

Assunto cotesto principio come guida, non vi sarebbe regola assoluta; ma il delitto commesso all' estero potrebbe o non potrebbe punirsi, secondochè la legge dello Stato ove fu commesso punisse o non punisse il delitto medesimo se commesso nello Stato nostro. Cotesta teoria trova una pratica applicazione nel codice penale Sardo del 1859 all' art. 6, §. finale, ed all' art. 9.

§. 1055.

6.ª — Estraterritorialità *assoluta* (1).

Questa dottrina, speculativamente guardata è una logica deduzione della genesi del giure penale, concepita secondo la formula che noi riconosciamo.

Digitized by Google

(1) Potrebbe aggiungersi una settima formula, suggerita pure da qualche scrittore. E consiste nel determinare un *raggio di terreno* al di là del limite del regno; e ammettere che possano punirsi i delitti commessi entro questo *raggio;* nol possano quelli consumati al di là. Ma vede ognuno che simile dottrina vaga tutta nell' *arbitrario,* e nello *indefinito.* Non ha una base razionale; perchè se la cognizione penale può spingersi al di là del confine, non vi è principio che misuri a palmi questa potenza. Non serve al bisogno pratico, perchè nelle contingenze dei casi torna male a far dipendere la importanza della repressione da un centimetro più o meno che interceda fra il luogo del delitto, e il *confine* dello Stato che vuole punirlo. Pure questo metodo piacque al legislatore sardo (codice penale art. 8) e fu elogiato da M. Bernard come una *transizione* e un avviamento a raggiungere la universalità del giure penale.

§. 1056.

Quando il diritto di punire si desuma dalla mera volontà degli uomini, e dal vincolo che lega lo Stato coi cittadini, è difficile concepire una ragione giuridica assoluta, per cui l'autorità di una nazione possa chieder conto ad un forestiero dei delitti che egli abbia commesso all' estero a danno di forestieri. In quest' ordine di idee il principio del diritto di conservazione, il principio della forza obbligatoria del precetto politico, il pensiero della emenda, restano per tali casi inoperosi.

§. 1057.

Ma se il giure punitivo si fa risalire ad un precetto universale e assoluto, preesistente nella legge eter-

Digitized by Google

na dell' ordine ad ogni placito umano; allora il giure penale, destinato dalla Mente Suprema alla tutela del diritto, è una necessità umanitaria. E perciò quando trattasi di *veri* delitti, cioè di violazioni dei diritti compartiti all' uomo dalla legge naturale, frai quali bisogna riconoscere (§. 608 in fine) il diritto di costituire e di conservare l' associazione, e le guarentigie che essa fornisce al diritto; la questione si limita a due soli punti — 1.° a ordinare la *forma* della cognizione — 2.° a definire se la pena deve esser quella del *luogo del delitto*, o del *luogo del giudizio*. Ma non può dirsi che manchi il precetto del quale si vuole rinfacciare la violazione.

§. 1058.

In questa più larga veduta le diverse autorità sociali sono altrettanti strumenti di quella legge eterna, che volle si dasse col braccio umano una sanzione presente e sensibile, al precetto regolatore del mondo morale. Il *fatto* che le autorità sociali si siano frazionate tra loro la dominazione dei territorj, è una *contingenza* che non muta la loro primitiva ragione di essere: tutte esistono come esecutrici di una legge universale. Nè può ammettersi che per tale frazionamento ne avvenga sulla terra la elusione della legge; e per la impunità della violazione del diritto, ne avvenga la deficienza di sanzione al precetto.

Digitized by Google

§. 1059.

Questa dottrina, coltivata dall' Egger, e da Rotteck, si professò recisamente da Pinheiro (1). Essa già aveva portato il Kluber (§. 64) a farne applicazione ai delitti commessi *fuori d' ogni Stato;* per esempio in alto mare. E fu generalmente accettata come dottrina pratica nei delitti di *pirateria* (2) e di *abbordaggio.* Senza riconoscere cotesti principj, il pirata non si potrebbe punire che da quella sola nazione a cui esso appartiene (giusta la seconda formula) o da quella a cui appartengono le navi predate (giusta la terza formula): e in questo caso bisognerebbe, come fecero alcuni, ricorrere alla finzione della territorialità della bandiera; oppure gettarsi nello *jus belli.* E come disposizione legislativa trovasi sanzionata dal codice penale Austriaco del 1852 al §. 40.

(1) *Droit public pag.* 32, 179.

(2) Van Ingen *de crimine piraticae* §. 3 — Van-Asch *de delictis extra territorium pag.* 66 *et seqq.*

§. 1060.

Questa dottrina è dunque in sè vera sotto il punto di vista speculativo. E se le presenti condizioni dei popoli non permettono che si attui nella sua piena estensione, il civile progresso aumentando la fratellanza delle genti, deve gradatamente condurre al suo completo riconoscimento. Corretta la idea che il diritto pu-

Digitized by Google

nitivo sia un fatto di mera creazione sociale, e compreso che la ragione di punire non sta in una società soltanto per difendere sè stessa, ma sta in tutte le società per difendere con azione solidale la umanità; i limiti territoriali scompariscono. La tutela del diritto sarà realizzata secondo il preconcetto della legge primitiva allora soltanto quando giungasi al desiderabile risultato che più non siavi angolo della terra ove il nemico della umanità possa augurarsi di godere senza tema di pena il frutto delle sue scelleraggini.

§. 1061.

La sovranità del diritto è superiore a tutte le sovranità della terra; le quali altro non sono che subalterne e ministre: ed è contradittorio che la legge umanitaria rimanga inosservata per una collisione giurisdizionale tra i suoi esecutori. Le autorità terrene hanno per ragione dell' esser loro la tutela della legge giuridica anche mediante la pena. E non possono declinare cotesto *dovere* che loro incombe sotto pretesto di divisioni di ufficio. La mente creatrice diede uguali diritti a tutte le creature; e li volle ugualmente rispettati e protetti in tutte, contro tutte, e dovunque. La esclamazione di Caino è la espressione della universalità del giure penale. Ecco in quali termini si esprime M. Bernard, procuratore imperiale a Chateau Thierry, in un suo scritto in elogio del codice Sardo — *Ne laisser jamais le crime impuni, telle est la pensée qui a animé les redacteurs; et disons-le hautement, si elle était adoptée par toutes les nations,*

Digitized by Google

on ne verrait pas, à la faveur d' une règle qui doit disparaitre avec les progrès de la civilisation, *se reproduire ces exemples d' une hospitalité forcée donnée aux plus vils malfaiteurs. Pourquoi le jour ne viendrait-il pas où le crime ne serait pas considéré comme ayant porté atteinte à un membre de* telle nation, *mais de l'* humanité, *s' il est de la categorie de ceux que toute société régulièrement organisée doit châtier? La vraie liberté serait cette protection reciproque que tous les peuples se donneraient contre les criminels; sans avoir à recourir à des traités, qui ne doivent être considérés dans le passé que comme des actes de transition, et comme un acheminement de la barbarie à la civilisation.*

§. 1062.

Le sistemazioni fattizie delle diverse società nelle quali si partì il genere umano, e le delimitazioni delle diverse genti (1), devono dunque col progressivo incivilimento, a riguardo dei *veri delitti*, comporsi e coordinarsi per guisa che dagli ordini loro particolari non ne derivi inciampo all' ordine supremo del mondo morale: nè si possa dallo scaltro vagabondare di un facinoroso annientare ogni tutela della legge giuridica. Anche questo io considero come l' avvenire della progressiva elaborazione della civiltà cristiana.

(1) Il non riconoscimento del principio della estraterritorialità assoluta fece nascere i trattati di estradizione dei delinquenti fra i popoli contigui a misura del loro incivilimen-

Digitized by Google

to: vuolsi che il più antico trattato di estradizione sia quello del 20 maggio 1499 (*leg.* 3, *tit.* 36, *lib.* 12, *de la nueva recopilacion*) passato fra il Portogallo e la Spagna. Per la stessa cagione acquistò grande importanza il dubbio se fra due popoli amici potesse farsi reciprocamente la consegna di un delinquente senza precedente trattato: sulla quale questione sostennero l' affermativa come derivante dal gius delle genti primitivo, Grozio, Heinneccio, Vattel, Bohemer, Kant: e sostennero la negativa Voet, Puffendorf, Leyser, Kluber, Martens, Schmaltz, Mittermaier, Mangin, Weaton, ed altri: e questionossi anche recentemente se il consenso del delinquente consegnato potesse supplire ai trattati: Morin *Journal du droit criminel n.* 8396. Ma la estradizione (che d' altronde è materia di diritto internazionale e non di diritto criminale) perde ogni importanza teorica ed ogni vita pratica quando prevalga la dottrina della estraterritorialità assoluta sui delitti commessi all' estero, previa interpellanza. E di fatti Pinheiro Ferreira che decisamente propugna questa opinione, avverte che per la medesima tutti i trattati di estradizione debbono cessare la loro vita e fondersi in una regola di diritto penale internazionale accettata da tutti i popoli culti.

§. 1063.

Alla dottrina della *estratorritorialità assoluta* accolta nel codice Sassone e nel progetto della Commissione pel nuovo codice penale Italiano nel 1867, sonosi fatti principalmente due obietti;

1.° Si è negata la *giurisdizione*. Quando il delitto non ha offeso nè il territorio, nè il vostro stato, nè un vostro cittadino, e non è commesso da un vostro suddito vi manca ogni base su cui radicare la vostra competenza. Rispondesi, che la base della competenza

Digitized by Google

sui fatti commessi all' estero da un estero contro l' estero, si radica sul *domicilio* eletto volontariamente dal reo nel nostro territorio. Venendo egli qua si è volontariamente soggettato alle nostre leggi ed ai nostri tribunali: e come questi hanno giurisdizione per conoscere dei contratti fatti dovunque antecedentemente da lui, così hanno giurisdizione per conoscere dei suoi delitti non ancora giudicati.

2.° Si è negato il *danno* e così lo interesse a giudicare. Il delitto che non ha turbato il vostro territorio nè offeso un vostro cittadino, non vi dà ragione d' incrudelire contro il suo autore se ebbe la fortuna di restare impunito nel suo paese. Rispondesi, che la ragione politica del punire non sta nel danno *immediato,* ma nel *mediato.* Lo allarme dei buoni non si sviluppa nel momento della *consumazione* (che altrimenti i delitti commessi nelle tenebre non avrebbero danno mediato) ma nel momento in cui il pubblico viene a *cognizione* del fatto, e della sua impunità: è allora che nasce il timore dei buoni. Ora non può negarsi che quando venga tra noi l' autore di grave delitto commesso all' estero che tranquillamente ostenti le mal guadagnate ricchezze, e meni trionfo della sua impunità, i buoni ne sentono timore che costui possa incoraggirsi a fare altrettanto qua; e i perversi ne traggono malo esempio ed incoraggiamento ad imitarlo. Laonde il nostro stato ha interesse che con la punizione di colui si spenga nei buoni il sospetto che esso possa rinnuovare qua gli atti criminosi, e si spenga il seme del malo esempio che la sua impunità sparge fra noi, più vivo e ferace che nol sia quello

Digitized by Google

sparso nel luogo del commesso delitto, e che ogni giorno rinnuovasi per la ostentazione della sua impunità.

Agli obietti del *non bis in idem*, e dei pericoli di un urto diplomatico, si risponde ponendo per condizione allo esercizio la non punizione, e la non accettata restituzione del delinquente per parte del governo a cui per territorialità spetterebbe il crimine. Ed all' obietto della differenza delle leggi rispondesi vittoriosamente col fare prevalere la legge più mite (1).

(1) Vedasi la mia monografia intitolata *Delitti commessi all' estero*, pubblicata nei miei *opuscoli vol.* 2, *opusc.* 16. Sono a vedersi la *Revue Wolowski vol.* 17, *pag.* 634, e la *Revue critique tom.* 8, *pag.* 401, *et tom.* 28, *pag.* 368, dove peraltro il sig. Thezard si conduce a delle conclusioni che sono spesso in antagonismo con le premesse da lui accettate. Vedasi anche i due lavori inseriti dal Morin nel suo *Journal du droit criminel n.* 8243 *et* 8272; e Bonneville *amelioration tom.* 2, *pag.* 511. E fra gli antichi possono consultarsi Claro *sententiar. lib.* 5, *quaest.* 39 — Covarruvio *practic. quaest. lib.* 1, *cap.* 11 — Ciazzi *disceptat* 26, *n.* 19 — Bohn *universi juris quaest.* 7, *pag.* 180. In generale può affermarsi che la dottrina della estraterritorialità assoluta ebbe a sostenitori fra gli antichi tutti i dottori che appartennero a quella scuola la quale riconosceva come fondamento sufficiente di giurisdizione criminale il semplice *fatto dell' arresto*. Poco vi vuole però a comprendere che tale dottrina è prepostera essendo l' arresto già un atto di giurisdizione. Più singolare era la opinione che ricorda il Ciazzi (*loco cit. n.* 20) come insegnata da Oldrado (*cons.* 124) e da altri antichi, per la quale dicevasi che Roma essendo *caput mundi* i tribunali romani avevano competenza a conoscere i delitti commessi in qualunque parte del globo.

Digitized by Google

§. 1064.

In tutti i casi, nei quali si tratti di punire un reato in un regno diverso da quello ove fu commesso, nasce la disputa circa la *legge penale* che deve applicarsi fra le due concorrenti, le quali possono essere eventualmente discordi. Alcuni, dominati dalla equità, insegnarono doversi fra le due leggi applicare la *più mite*, e parecchi Codici sanzionarono cotesta benigna regola.

§. 1065.

Altri (1) censurarono tale dottrina, dicendo che ogni tribunale non può applicare altra legge che quella del suo paese. Uno Stato non deve mai dipendere dalle leggi dell' altro Stato. Che se quel fatto era punito meno, od anche impunito nel luogo ove fu commesso, questo può soltanto considerarsi come un *fatto* che modifica la *colpabilità individuale;* e valutarsi come circostanza diminuente, sia che trattisi di nazionale, sia che trattisi di forestiero. E qualora l' azione che è punita nel luogo dove essa si giudica, niente lo fosse ove fu commessa, tale circostanza potrà valutarsi come un *fatto* idoneo ancora in qualche *specialità* ad autorizzare l' assoluzione, non in obbedienza alla legge del luogo, ma come una condizione *materiale* che abbia tolto all' agente la *coscienza* di delinquere.

(1) Ortolan §. 904 *et suiv.*

Digitized by Google

§. 1066.

Posta come verificabile, o per l' una o per l' altra delle anteposte formule, la estraterritorialità del giure penale, nasce inoltre la grave e combattuta questione sulla influenza della *rejudicata estera*. Due sono i casi nei quali si pone questo problema:

Caso 1.° — Delitto commesso *all' estero*, e colà giudicato.

Caso 2.° — Delitto commesso *tra noi*, e giudicato all' estero.

§. 1067.

La questione poi si complica secondochè si suppone 1.° una sentenza estera *assolutoria* — 2.° una sentenza estera *condennatoria eseguita* con espiazione della pena — 3.° una sentenza estera *condennatoria non eseguita* per contumacia o fuga — 4.° una *condennatoria graziata* dal principe estero (1).

(1) Volendo svolgere questo grande problema in tutti i suoi casi possibili, se ne presentano non meno di 36; li quali tutti differiscono per qualche condizione che può influire sulla ragione di decidere.

In primo luogo la tesi in cui si pone il problema — *quid juris* del reato *giudicato all' estero* — si divide in due ipotesi: secondochè trattasi di *giudizio estero* relativo ad un fatto *commesso tra noi*, oppure ad un fatto *commesso all' estero*.

In secondo luogo entrambo queste ipotesi si suddividono di nuovo ciascuna in *tre casi*: secondochè il fatto *giudi-*

Digitized by Google

cato all' estero, era commesso 1.° da *estero* contro *estero* — 2.° da *estero* contro *nazionale* — 3.° da *nazionale* contro *estero*. Ed ecco subito *sei casi diversi*.

In terzo luogo questi *sei casi* si tripartiscono ciascuno di loro secondochè il *giudizio estero* ebbe a risultato — 1.° o l' *assoluzione* — 2.° o la *condanna non espiata* — 3.° o la *condanna espiata*. Tutte circostanze che possono influire sulla soluzione del problema. Ed ecco nascere la possibilità di *diciotto casi diversi*.

Ma questi diciotto casi possono un' altra volta suddividersi, secondochè — 1.° o l' *offeso tace* — 2.° o è l' *offeso* che non pago della sentenza estera, viene (o torna) a chiedere soddisfazione per la via penale dell' oltraggio patito. Ed ecco che i casi diversi divengono *trentasei*.

Questo cenno dimostra che quel pochissimo che io dico nel testo non è neppure un meschino saggio sulla questione. Essa meriterebbe un trattato, che sotto un punto di vista scientifico considerasse le ragioni somme di risolvere ciascuno di tali casi; e vi applicasse i diritti costituiti, le giurisprudenze, e le dottrine dei pubblicisti.

§. 1068.

Il codice Toscano (art. 7) contempla il 1.° *caso*. Ove chi ha delinquito all' *estero* siasi *colà* condannato ed abbia *espiata la pena*, cessa ogni azione penale anche fra noi. Questa è la identica disposizione che già si trovava all' art. 7 del codice d' istruzione criminale Francese: e nella legge Belga del 30 decembre 1836. Ma nè queste leggi, nè il codice Toscano, e neppure il codice Sardo all' art. 10 (sebbene in questo argomento sia forse più innanzi degli altri) niente però considerano il 2.° *caso*; di un delitto commesso in un regno, e già punito *fuori* del regno ove

Digitized by Google

fu consumato. E questo appunto era il caso più arduo e più controverso.

§. 1069.

Infatti quando un colpevole è stato punito nel *luogo del commesso delitto*, la giurisdizione *territoriale* (che è la *ordinaria)* ha fatto il suo corso; e si capisce così il perchè non debba farsi luogo alla giurisdizione *estraterritoriale*, che è *eccezionale;* o, come dice il Van-Asch *(de delictis extra territorium pag.* 60), meramente *sussidiaria.* D' altronde la sentenza resa nel luogo del delitto si presume emanata dietro le più complete informazioni (1).

(1) Per altro il codice di Baviera del 1861 prevede il caso di delitto commesso all' estero da un Bavarese, o da un forestiero contro un Bavarese, e dispone che per lo stesso fatto possa essere giudicato di nuovo in Baviera: e solo debba scomputarglisi sulla pena quella che ha già *subita* all' estero.

§. 1070.

Ma nel caso inverso (cioè quando siasi esaurita la giurisdizione *estraterritoriale)* rimane dubbio se questa abbia potuto ugualmente estinguere la giurisdizione *territoriale.*

§. 1071.

Molti lo affermano, frai quali Mangin, Helie, Ortolan, Bernard. Essi ammettono non potersi ar-

Digitized by Google

gomentare dal civile al criminale: ma fondati recisamente sulla regola *non bis in idem* dicono essere iniquo che un uomo venga *giudicato due volte* per lo stesso delitto.

§. 1072.

Il principio che la sentenza criminale (a differenza della civile) non possa mai *eseguirsi* fuori dello Stato *ove fu pronunciata*, è regola che non si contrasta (1). Ma col far nascere dal giudicato estero la eccezione della rejudicata, non si dà (essi dicono) esecuzione fra noi alla sentenza straniera. Non trattasi di *esecuzione*. Trattasi di riconoscere un *fatto;* o l'assoluzione, o la condanna, che ha imposto a quell'uomo dei caratteri perseveranti: cioè la condizione o di *reo già assoluto*, o di *reo già condannato*. E concludono che se tale sistema può offrire qualche inconveniente, quest'obietto è comune in generale alla forza che si attribuisce alla rejudicata; e per conseguenza ha il vizio di *provar troppo*.

(1) Questa regola è comunemente insegnata: Pinheiro Ferreira, Martens, e Casanova ne danno due ragioni — 1.° che la parte *motiva* di una sentenza criminale non può essere sufficiente (come lo è nella sentenza civile) a dimostrare la sua giustizia — 2.° che mentre le leggi civili sono presso a poco uguali per tutto, vi hanno grandi ed esorbitanti differenze nelle penalità appo i diversi popoli. Così è certo che la infamia, la morte civile, la confisca non seguitano il condannato fuori del paese ove la sua condanna fu proferita. Vedasi Heffter *pag.* 75.

Digitized by Google

§. 1073.

Ma confutato cotesto objetto, non confutano con uguale fortuna gli ulteriori argomenti, coi quali altri (1) sostengono virilmente il contrario: ed eccone i principali:

1.° Il *fine* della pena è il ristabilimento dell' ordine turbato dal delitto. Se l' ordine col delitto commesso in Francia fu turbato in Francia, vi è bisogno di una penalità subita in Francia per ristabilirlo.

2.° Le due sovranità sono *indipendenti:* il diritto acquisito all' autorità francese di punire il delitto che ha violato entro il Regno la legge di Francia, non può esserle tolto da giudici italiani o spagnoli, come nol potrebbe per la grazia del principe italiano, o spagnolo.

3.° Il delinquente potrà essere assoluto all' estero, perchè là *non esista legge* che colpisse quel fatto. Con ciò si renderebbe la legge nostra dipendente dalla legge straniera.

4.° L' assoluzione all' estero può essere avvenuta per *insufficienza di prove*, causata dalla lontananza: può anche esservi collusione ed accordo tra l' offeso e l' offensore, onde far nascere all' estero una sentenza assolutoria per eludere la nostra legge.

5.° Potè il malefizio all' estero dichiararsi *prescritto;* mentre non lo sarebbe stato per le leggi nostre.

6.° Commesso qua un reato, la giustizia nostra era in diritto di fare *un processo.* L' assoluzione o la condanna estera non può pregiudicare l' erario nostro del ricupero delle *spese.*

Digitized by Google

7.º Uguale argomento si riproduce per le *multe*, alle quali, tosto commesso il delitto qua, avea quesito un diritto l' erario nostro.

8.º Se il delitto portava seco la *sorveglianza*, non può la sentenza estera privare il nostro governo del diritto di sottoporre a questa misura il colpevole, e privare i nostri cittadini di tale protezione. Necessità dunque di rinnovare qua a cotesto fine il giudizio.

9.º Se il delitto poteva porre il condannato in stato di *recidiva*, la sentenza estera impedirebbe a noi di profittare di cotesta remora salutare contro un facinoroso.

10.º Se la pena estera è *più mite*, il colpevole, dopo espiata cotesta pena, tornerà fra noi a deridere il rigore della legge nostra!

(1) Vedasi Molinier *du duel pag.* 60 — Morin *journ. de droit crim. art* 6891, 7250, 7386, 7420, e la nota; e *vol.* 34 *pag.* 100, *e* 124.

§. 1074.

Sono questi i principali argomenti pei quali si sostiene che un giudizio penale fondato sulla *personalità*, non impedisce l' attivazione di un nuovo giudizio fondato sulla *territorialità* contro il medesimo fatto. Il giudizio estero fra noi *non è niente:* la regola *non bis in idem* procede solo quando le due cognizioni vorrebbero istituirsi dalla medesima sovranità.

§. 1075.

Cotesta massima rigorosa, già accolta dalla Corte di Metz 19 luglio 1859; e dalla Cassazione Belga

Digitized by Google

il 31 decembre 1859; è stata recentemente sanzionata dalla Corte di Amiens 17 maggio 1862; e dalla Corte di Cassazione di Francia in due giudicati dello stesso giorno 21 marzo 1862. Giudicati coi quali cassando due diverse pronuncie, ordinò procedersi a giudizio contro i due *forestieri* che avevano delinquito in Francia; quantunque ambedue fossero stati per cotesti delitti (su querela dell' offeso) giudicati definitivamente nella loro patria, e l' uno fosse stato assoluto, l' altro condannato ed avesse anche *espiata la pena* (1). E di nuovo fu sanzionata dalla Corte del Var nel giudicato del 28 luglio 1866, che raccoglie Morin al *n.* 8391, e dalla Corte di Assise del Nord 6 agosto 1866.

(1) Questa questione si è novellamente esaminata dal Bonfils *de la competence. Paris* 1865, *pag.* 328.

§. 1076.

Quelle due decisioni della Corte Suprema di Francia sono tanto più notabili, inquantochè nel turno giudicante sedeva come consigliere relatore alla Cassazione M. Helie; il quale (come era ben naturale) con una elaborata relazione, tentò inutilmente di far prevalere la sua contraria opinione, già da lui sostenuta nei suoi pregevoli scritti.

§. 1077.

La scienza in proposito di così grave questione non può che far voti, affinchè la legislazione positiva sta-

Digitized by Google

bilisca norme eque e sicure per regolare cotesti conflitti. Se i principj di giure pubblico non ammettono che si applichi la regola *non bis in idem* fra nazione e nazione; la equità per altro esigerebbe che a colui che vuol nuovamente giudicarsi a cagione di un delitto pel quale ha espiato una pena, si tenesse almeno conto della pena subìta, in diminuzione della nuova a cui si vuole sottoporre. L' affetto per la indipendenza nazionale non può mai legittimare una duplicazione di pene per un solo delitto.

§. 1078.

Questo principio dello scomputo è stato letteralmente adottato dal codice penale Austriaco del 1852. Quel codice al §. 36 sanziona letteralmente la nessuna influenza dei giudicati esteri in quanto alla giurisdizione. E ciò non solo nel caso che questi abbiano esercitato la giurisdizione *personale*, ma ancora nel caso (il che è assai più forte) che questi abbiano esercitato la giurisdizione *territoriale*, e nell' Impero voglia tornarsi a conoscere dello stesso crimine sul fondamento di giurisdizione *personale*. Cosicchè il suddito austriaco che delinque in Francia, se, dopo essere stato in Francia a tutto rigore di legge punito, ei torna in Austria, può essere colà nuovamente giudicato e punito con la pena austriaca per l' istesso crimine; ma della pena subìta in Francia gli si tiene conto a diminuzione della pena austriaca. Ma se invece costui, tornato dopo il crimine in Austria, era stato ivi punito, e poscia rendesi in Francia, ivi si

Digitized by Google

sottopone a nuovo giudizio, e niente gli si valuta la pena sofferta nella terra natale. Queste ed altre molte analoghe divergenze, sulle quali il piano di questo scritto non mi permette di dimorare, mostrano quanto sia giusto il desiderio che il progresso dei lumi edifichi un diritto penale europeo, concorde almeno nei principii fondamentali.

F I N E

Digitized by Google

INDICE

DELLE RUBRICHE

SEZIONE PRIMA

DEL DELITTO

CAP. 1.° *Della* imputabilità e *della* imputazione . . . §. 1 *a* 20
CAP. 2.° *Nozione del* delitto . . §. 21 *a* 52
CAP. 3.° *Delle* forze *del delitto* . §. 53 *a* 58
Art. 1.° *Della forza* morale . §. 59 *a* 91
Art. 2.° *Della forza* fisica . §. 92 *a* 127
CAP. 4.° *Nozioni generali della* qualità, quantità, *e* grado *nei delitti* . . . . . §. 128 *a* 145
CAP. 5.° *Criterio della* qualità *nei delitti* . . . . . §. 146 *a* 170
CAP. 6.° *Criterio della* quantità *nei delitti* . . . . . §. 171 *a* 206
CAP. 7.° *Criterio del* grado *nel delitto* . . . . . §. 207 *a* 210
CAP. 8.° *Del* grado *del delitto nella sua* forza morale . . §. 211

Digitized by Google

Art. 1.° *Del* grado *rapporto all'* intelletto *dell' agente* . §. 212 *a* 213
I. *Cause fisiologiche* . . . §. 214
1. *Età* . . . . . §. 215 *a* 232
2. *Sesso* . . . . . §. 233 *a* 237
3. *Sonno* . . . . . §. 238 *a* 240
4. *Sordomutismo* . . . §. 241 *a* 247
5. *Pazzia* . . . . . §. 248 *a* 250
II. *Cause ideologiche* . . . §. 251 *a* 271
Art. 2.° *Del grado rapporto alla* volontà *dell' agente* . §. 272 *a* 283
Coazione . . . §. 284 *a* 316
Impeto degli affetti §. 317 *a* 331
Ebrietà . . . . §. 332 *a* 344
Cap. 9.° *Del grado nella* forza fisica *del delitto* . . . . §. 345 *a* 348
Art. 1.° *Del delitto* imperfetto . §. 349 *a* 355
I. *Conato* . . . . . §. 356 *a* 398
II. *Delitto mancato* . . . §. 399 *a* 425
Art. 2.° *Della* complicità . . §. 426 *a* 431
1. *Concorso di* azione *senza concorso di* volontà . . §. 432 *a* 438
2. *Concorso di* volontà *senza concorso di* azione . §. 439 *a* 464
3. *Concorso di* volontà *e concorso di* azione . . §. 465 *a* 484
4. Anomalie *dell' imputazione nella complicità* . . §. 485 *a* 509
Cap. 10.° *Del delitto* continuato . §. 510 *a* 538
Cap. 11.° *Degli effetti* giuridici *del delitto* . . . . . §. 539 *a* 581

Digitized by Google

SEZIONE SECONDA

DELLA PENA

Cap. 1.° *Idea della pena* . . . §. 582 *a* 585
Cap. 2.° Origine *della pena* . . §. 586
Art. 1.° *Origine* storica *della pena* §. 587 *a* 597
Art. 2.° *Origine* filosofica *della pena* . . . . . §. 598 *a* 612
Cap. 3.° Fine *della pena* . . . §. 613 *a* 626
Cap. 4.° Forze *inerenti alla pena* §. 627 *a* 637
Cap. 5.° Condizioni *che deve avere la pena* . . . . . §. 638
Art. 1.° Condizioni *derivanti dal suo principio* positivo §. 639 *a* 645
Art. 2.° Condizioni *derivanti dal suo* limite . . . . §. 646 *a* 651
Cap. 6.° *Nozioni generali della* qualità, quantità, *e* grado *nella pena* . . . . . §. 652 *a* 654
Cap. 7. *Criterio della* qualità *nelle pene* . . . . . §. 655 *a* 658
I. *Pene* capitali . . . . §. 659 *a* 662
II. *Pene* afflittive . . . . §. 663 *a* 682
III. *Pene* infamanti . . . §. 683 *a* 687
IV. *Pene* pecuniarie . . . §. 688 *a* 693
Cap. 8.° *Criterio della* quantità *delle pene* . . . . . §. 694 *a* 699
Cap. 9.° *Criterio del* grado *nella pena* §. 700 *a* 702

Digitized by Google

CAP. 10.° *Cause* politiche *o* estrinseche *di modificare la pena* §. 703 *a* 708
Prima Serie — *Cause politiche* indeterminabili *dalla legge* §. 709 *a* 711
Seconda Serie — *Cause politiche* determinabili *dalla legge* . . . . . §. 712 *a* 718
CAP. 11.° *Cause* giuridiche *o* intrinseche *di modificare la pena* . . . . . §. 719 *a* 721
Art. 1.° *Accidentalità* individuali §. 722 *a* 724
Prima Serie — *Cause* diminuenti . . . . . §. 725 *a* 732
Seconda Serie — *Cause* di aumento . . . . . §. 733 *a* 743
Art. 2.° *Modificazioni* legislative §. 744 *a* 778

SEZIONE TERZA

DEL GIUDIZIO CRIMINALE

CAP. 1.° *Nozioni generali del* giudizio *penale* . . . . §. 779 *a* 795
CAP. 2.° *Origine* storica *del giudizio penale* . . . . §. 796 *a* 806
CAP. 3.° *Origine* filosofica *del giudizio penale* . . . . §. 807 *a* 817
CAP. 4.° Fine *del giudizio* . . §. 818 *a* 824
CAP. 5.° *Condizioni essenziali del* giudizio in generale . §. 825 *a* 840

Digitized by Google

Cap. 6.° *Caratteri del processo* accusatorio . . . . . §. 841 *a* 844
Cap. 7.° *Caratteri del processo* inquisitorio . . . . . §. 845 *a* 849
Cap. 8.° *Caratteri del processo* misto §. 850 *a* 860
Cap. 9.° *Dell'* accusatore . . . §. 861 *a* 869
Cap. 10.° *Del* reo . . . . . §. 870 *a* 872
Cap. 11.° *Del* giudice . . . . §. 873 *a* 890
Cap. 12.° *Contestazione dell'* accusa §. 891 *a* 899
Cap. 13.° *Della* prova . . . . §. 900 *a* 907
Art. 1.° *Dei due* principii *della certezza in criminale* . §. 908 *a* 920
Art. 2.° *Dei* fonti *della prova in criminale* . . . . §. 921 *a* 924
I. *Documenti* . . . . . §. 925 *a* 928
II. *Confessioni* . . . . . §. 929 *a* 942
III. *Testimoni* . . . . . §. 943 *a* 963
IV. *Indizi* . . . . . §. 964 *a* 975
Cap. 14.° *Della* difesa . . . . §. 976 *a* 999
Cap. 15.° *Della* sentenza . . . §. 1000 *a* 1027
Cap. 16.° Limiti esterni *del giure penale* . . . . . §. 1028 *ad fin.*

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google